فلسفة القانون

الدكتور
منــــذر الشــــاوي
أستاذ القانون الدستوري وفلسفة القانون
وزير للعدل والتعليم العالي في العراق



المملكة الأردنية الهاشمية/رقم الايداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2008/8/2949)

340,1
الشاوي، منذر
فلسفة القانون// منذر إبراهيم الشاوي - عمان: دار الثقافة 2011
رقم الايداع: (2008/8/2949)
الواصفات:/فلسفة القوانين// القوانين واللوائح//

• أعدت دائرة المكتبة الوطنية بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية

ISBN 9957-16-473-7

الطبعة الأولى 2009م - 1430هـ
الطبعة الثانية 2011م - 1432هـ



المركز الرئيسي: عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني - عمارة الحجيري
هاتف: 4646361 6 (962 +) فاكس: 4610291 6 (962 +) ص.ب 1532 عمان 11118 الأردن

فرع الجامعة: عمان - شارع الملكة رانيا العبدالله (الجامعة سابقاً) - مقابل بوابة العلوم - مجمع عويس التجاري
هاتف: 5341929 6 (962 +) فاكس: 5344929 6 (962 +) ص.ب 20412 عمان 11118 الأردن

Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

تصميم وإنتاج
مكتب دار الثقافة للتصميم والإنتاج

فلسفة القانون

الدكتور
منذر الشاوي
أستاذ القانون الدستوري وفلسفة القانون
وزير للعدل والتعليم العالي في العراق



الفهـرس

القسم الأول
أسـاس القانــون

القسم الثاني
طبيعـة القـانـون

تقديـم

عشر سنوات مضت على صدور كتابي "فلسفة القانون". عقد من الزمن مليء بالاحداث والتأملات والنتاجات الفكرية. زمن اصبح فيه "وعينا القانوني" اكثر عمقاً واوسع افقاً، فكتبتُ العديد من المقالات والبحوث والكتب[1].

وحين أتاح لي الزمن والقدر العودة الى الذات والتحرر من قيود العمل الوظيفي، كان اول ما فكرت فيه هو اعادة النظر فيما كتبته عن "فلسفة القانون"، وكان ذلك من اول اوليات ما اريد او آمل انجازه في مجال البحث القانوني الفلسفي.

ومتطلبات البحث العلمي تقضي بمراجعة بعض الطروحات في فلسفة القانون والتأمل والتوسع فيها، واعادة قراءة ما اعتمدناه منها. فبدات اقرأ واتأمل ثم اكتب لاعداد الطبعة الثانية من "فلسفة القانون" التي هي اليوم بين يدي القارئ الكريم.

فما الجديد في هذه المراجعة الشمولية عمّا كتبته في الطبعة الاولى عن فلسفة القانون؟ كان "الجديد" تعريفاً لعلم القانون، وتطويراً وتعميقاً لفكرة القانون الطبيعي عند المسلمين. وتم التوسع في بيان العلاقة بين علم الاجتماع والقانون، الامر الذي اقتضى الوقوف طويلاً عند "المدرسة السوسيولوجية"، وبالتالي عند المدرسة التأريخية الالمانية في القانون. لذا فقد احتلت مسألة العرف وقيمته القانونية ما تستحقه من تطوير. ثم كانت المسألة الانسانية والقانونية الاهم بالنسبة لنا، وهي علاقة القانون بالاخلاق وعلاقة العدالة بالقانون.

وللفقه القانوني وفلسفته اهمية كبيرة في تاريخ الفكر القانوني وفي استلهام الاراء والحلول التي قدموها في نظرية القانون. لذلك فقد كان نقصا، ربما املته اعتبارات معينة، ألاّ نتطرق اليهم باستفاضة تفرضها ضرورات البحث العلمي المتكامل. فليس من المقبول ألاّ يطلع القانوني على فكر ومنهج وفلسفة العميد اوريُو، الذي يعد بحق من اكبر فقهاء القانون العام في فرنسا، في الربع الاول من القرن العشرين. وفقيه وفيلسوف آخر، في ميدان "القانون الخاص" هو العميد جني يستحق، بل يجب، ان نتناول العديد من جوانب مذهبه.

اما العميد دكي، فرغم اننا عرضنا العديد من جوانب مذهبه، فقد نال هذا المذهب، في هذه الطبعة الكثير من التعميق، فكراً ومنهجاً ومناقشةً. فقد وضع هذا الفقيه والفيلسوف الكبير يده على كل مسائل القانون التي وجدت مؤداها في "مطوله" الرائع في القانون الدستوري في خمسة اجزاء.

ويبقى "القانون الوضعي"، في نظرنا، المنطلق والاساس في دراسة القانون وفلسفته. ولذلك فقد اعدنا النظر وطورنا ما تعلق بتشريعه. اما الجديد في موضوع القانون الوضعي، فكانت معالجتنا لمسألة تنازع القوانين في الزمان، ومسألة تطبيق القانون الوضعي والتوقف المهم عند ازمة القانون الوضعي.

---

(١) وهذه الكتب هي: المدخل لدراسة القانون الوضعي (١٩٩٦)، الدولة الديموقراطية (١٩٩٨)، الاقتراع السياسي (٢٠٠١) ونظرية السيادة (٢٠٠٢).

كما تضمنت الطبعة المنقحة والمزيدة الكثير من الاضافات والتوضيحات في متن الكتاب وفي هوامشه الكثيرة.

لكن هل يشفي كل ذلك غليل الباحث المتعطش ابداً الى مزيد من المعرفة والاطلاع؟ الجواب بالنفي يفرض نفسه.

فالعودة الى مصادر اخرى غير التي بحوزة الباحث لابد منها. وخلال عبورنا صحراء الحصار الفكري كتبت في العام ١٩٩٨: نأمل ان يتيح لنا الزمن والحظ في سنوات قادمة الاطلاع على مصادر اخرى غير تلك التي في متناول اليد. واذا بنا نفاجأ، بعد خمس سنوات، بنهب وبحرق المكتبات في الجامعات ومؤسسات ومعاهد العلم والمعرفة في العراق: كارثة علمية وحضارية وانسانية، لا تحبط رجل العلم فحسب، بل تمس في الصميم انسانيته وتطلعاته وآماله حين يرى مرتكزات الحضارة تدنسها "الايدي القذرة" وتلتهمها نيران البربرية. ولنتصور في هذا الجو اللانساني، كيف يفكر الانسان العالم وكيف يتأمل ليكتب في فلسفة القانون!

وسلوانا، ان كانت هناك سلوى، في مثل هذه المصائب، هي فيما يقوله التاريخ بأن الاعمال البربرية لا يمكن ولن يمكنها ان تطفأ شعلة الفكر والايمان بمستقبل الانسان الحضاري. فالخير وكينونة الانسان وحدة لا تنفصم، والشر هو في الغاء هذه الكينونة او زعزعتها.

وقد ودعنا قرنا حافلا بالارهاصات والمتغيرات الفكرية والسياسية، قلّ نظيره في المسيرة القصيرة الطويلة للانسانية. وقد استقبلنا قرنا آخر إذ تؤشر افرازات ومعطيات القرن العشرين إلى انه سيكون قرن العجائب والتحولات المادية والتكنولوجية والانسانية. وقد لا نغالي اذا قلنا ان قرنا من البربرية قد بدأ العلم في خدمته. والبربرية تعني "العبودية" في فلسفة القدماء. لذا فليس من المستغرب اذا سلكت البشرية "طريق العبودية"!

والانسان في العراق والوطن العربي محاصر في ذاته وغريب عن ذاته وعن "اهل الحل والعقد". فما اجدرنا، اذن، ان نحدد موقفا من الانسان وبالتالي من القانون ومن ثم من العدالة.

وان من لهم مهمة حكم البشر ان يدركوا ان اقامة نظام واشباع حاجات مادية لا يضاهي مطلقاً مهمة غرس روح العدالة في النفوس التي بدونها سوف لن يكون هناك سوى الطغيان وفوضى النفوس. فضياع الانسان من ضياع القانون وسقوط القانون من سقوط الانسان. لذلك فقد كتبت هذا المؤلف، بعد تأمل طويل، بروح الايمان بالانسان وبالعدالة ليمد اهل القانون ودارسيه بالشجاعة للدفاع عن القانون وعن العدالة في عالم يريد ان ينسى او يتناسى قانون العدالة وعدالة القانون.

وحين تنهب وتدمر دور العدالة يسأل صوت الصمت: هل يبقى عند المرء ايمان بالعدالة وبالقانون؟ ويجيب الانسان المؤمن بالله وبالوطن وبالقانون: لا والف لا للبربرية واللاانسانية.

لنبقَ، اذن، بشرا يحدونا حب الانسان ويقلقنا مصير الانسان، في عالم يكاد يفقد جوهر انسانيته واخلاقية قيمه.

نريد غداً افضل واعز من ايام طويلة ضاعت، وفرص ثمينة اهدرت، فبقي الانسان العراقي حائراً بين الوجود واللاوجود، بين الامل وخيبة الامل، بين الخير والشر.

ورجاؤنا ان نجعل من فلسفة القانون مصدراً للايمان بالقانون وبالعدالة، فلولاهما لاختل وجود

الانسان وسقط في وادي البربرية التي سعت الانسانية لتجاوزها عبر تأريخها الطويل،
وتأريخ الفكر القانوني الانساني، بمسعاه لاصلاح الانسان وانقاذه من "خطيئته الابدية"، طرح
ماه، برؤية انسانية و "علمية" : ان الانسان بالقانون يكون انساناً.
فلنعد، اذن، الى انسانيتنا عبر القانون وعبر فلسفة القانون.
وخير الناس من اعتبر وافضلهم من تأمل واعتبر.

أولاً- القانون

١ . فكرة القانون

وجد الانسان ليعيش. والانسان يعيش في الطبيعة. فالانسان يجد نفسه وجهاً لوجه امام الطبيعة. فالصراع حتمي، إذن، بين الانسان والطبيعة، لأنه يريد ان يسخر الطبيعة لمصلحته وفي ذلك استمرار لعيشه وتحسين هذا العيش.

والانسان في علاقته مع الطبيعة يكون، في الحقيقة، في موقف مزدوج: شعوره بالضعف امام الطبيعة ورغبته في الهيمنة عليها في ذات الوقت. ولكي يستجيب الانسان لشعوره بالضعف ويطمئن حاجات حيوية ونفسية لجأ الى العيش مع الآخرين من ابناء جنسه. ولكي يطمئن رغبته الملحة في السيطرة على الطبيعة لجأ الانسان ايضا الى التعاون مع الآخرين من ابناء جنسه وبالتالي الى العيش معهم. عندها نشأت الجماعة او الفئة الاجتماعية ومن ثم المجتمع. فالانسان كان مدفوعا، إذن، الى العيش في جماعة لضرورات الحياة ولضرورات الوجود. ولكي يستجيب الانسان لهذه الضرورات اصبح العيش في المجتمع ضرورة واصبح المجتمع ضرورة انسانية.

وفي كل فئة اجتماعية، صغيرة ام كبيرة، بدائية ام متطورة، نقر وجود أفراد، قل عددهم او كثر، يفرضون ارادتهم، وبالارغام عند الاقتضاء، على الآخرين من اعضاء الفئة الاجتماعية. هذا يعني ان هؤلاء الافراد يوجهون اوامر الى باقي اعضاء الفئة الاجتماعية ويستطيعون تنفيذها بالارغام المادي، اي بالقسر، إذا اقتضى الأمر.

وهؤلاء الافراد الذين يوجهون اوامر الى الآخرين وبالتالي يفرضون ارادتهم هم الحكام. اما الآخرون من اعضاء الفئة الاجتماعية الذين يخضعون لاوامر الحكام فهم المحكومون. وعليه فأننا نقر في كل فئة اجتماعية وجود تمييز بين الحكام والمحكومين وهو من الظواهر الاساسية في كل المجتمعات عبر الزمان والمكان.

وهذا التمييز بين الحكام والمحكومين[1]، الذي يتم في المجتمع، يعني ان الحكام يقبضون على سلطة

---

(١) وعندما يوجد هذا التمييز بين الحكام والمحكومين تظهر الدولة. فالدولة ليست، في الحقيقة، إلا التمييز بين الحكام والمحكومين وبوجود هذا التمييز توجد الدولة. "هناك دولة، يقول العميد دكي، كل مرة يوجد في مجتمع معين تمييز سياسي، مهما كان بسيطا او مهما كان معقدا ومتطورا... فحيث نقر في مجموعة معينة وجود قوة ارغام نستطيع ان نقول ويجب ان نقول بوجود دولة... ففي كل مجتمع بشري، كبيرا كان او صغيرا، حيث نرى افرادا او مجموعة افراد يقبضون على قوة ارغام يفرضونها على الآخرين، يجب ان نقول بوجود سلطة سياسية (اي) دولة".
(Duguit: traité de droit constitionnel. TI.3e éd.1927. pp.536 -537. Comp.pp.670 -671)
إلا ان ظاهرة التمييز بين الحكام والمحكومين موجودة في كل الفئات الاجتماعية، إذن كيف نميز بين هذه الفئات وبين الدولة؟ في الواقع هناك مميزات خاصة بالدولة تختلف بها عن باقي الفئات الاجتماعية الاخرى. وهذه المميزات هي: تطور تنظيم السلطة في الدولة و "سيادة" سلطة الحكام.
(ولتفصيل ذلك، انظر: منذر الشاوي، القانون الدستوري، ج١ "نظرية الدولة"، ط٢، بغداد، منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨١، ص٨٤ وما بعدها.)

ويفرضون استنادا اليها ارادتهم على الباقين من اعضاء المجتمع. وعليه فان السلطة ظاهرة طبيعية، وفكرة العيش بدون سلطة هي، في الحقيقة، فكرة خيالية، لانه لا يوحي بها اي شيء ملموس في المجتمع. بالعكس، فأن كل شيء في المجتمع يوحي بوجود اوامر ونواهٍ وبالطاعة لهذه الاوامر والنواهي اي بوجود سلطة.

ووجود السلطة في المجتمع يتطلب ان تمارس، وهي ان مورست يجب ان تكون في صالح حياة المجتمع اي في خدمة بقائها واستمرارها وتطورها. ومن اجل تحقيق ذلك يجب تحديد تصرفات او "حريات" كل فرد. وتحديد تصرفات الافراد لايمكن ان يتم الا اذا وجدت قواعد تحدد سلوك الافراد في المجتمع. وقواعد السلوك الاجتماعية هذه التي تتضمن منعا من القيام بعمل او الامر بالقيام بعمل، هي "القانون". فالقانون، اذن، هو مجموعة القواعد التي يجب مراعاتها في تصرفات الافراد في المجتمع او التي تنظم او تحكم علاقة الافراد ببعضهم بالدرجة الاولى. فليس هناك حياة وديمومة وتطور للمجتمع بدون نظام غايته المحافظة على حياة الجماعة وديمومتها. وهذا النظام، المعبر عنه بقواعد سلوك، لايمكن ان يوجد تلقائيا، فالنظام والمحافظة على حياة المجتمع يتضمن الاختيار والمبادرة. لذا نجد حياة الجماعة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً ومتلازماً مع وجود السلطة ووجود الافراد الذين يمارسونها: هم الحكام.

فهناك، إذن، تلازم بين القانون والسلطة. فالقانون الذي يحكم او ينظم علاقات الافراد في المجتمع هوالقانون الذي يضعه الحكام او، إن شئنا، الذي تضعه الدولة اي انه قانون وضعي. فالقانون يجد مصدره في ارادة الدولة اي في ارادة الحكام (المشرع)، لأن القانون هو ما تضعه الدولة،ولا قانون بالتالي غير القانون الوضعي [1].

وبناءً على ما تقدم، يمكن القول بان القانون مجموعة قواعد سلوك تضعها السلطة او القابضون على السلطة بغية تحقيق نوع من التنظيم في سلوك وعلاقات اعضاء المجتمع، تنظيم تفرضه ضرورة بقاء المجتمع واستمراره [2].

---

(١) وعليه اذا كانت مسألة "مصادر القانون" تعني تحديد الارادة التي تظهر او تقول القانون فاننا سنجد القانون في ارادة الدولة، بمعنى اننا نجد مصدر
القانون في القانون الوضعي. وهذا هو المعنى القانوني، والذي يهمنا، في لتعبير "مصادر القانون". إلا ان هذا التعبير حُمل باكثر مما يتحمل الامر الذي
احاط مسألة "مصادر القانون" بالتباس وبشيء من الغموض.
وربما يجد هذا الغموض والالتباس اساسه في كلمة "مصدر Source" نفسها، التي أُخذت بمعناها اللغوي، سواء في اللغة العربية او الفرنسية، حيث
تعني المنبع. وعلى هذا الاساس فستكون هناك "مصادر مادية" للقانون وهي ما تكوّن مادة القانون، بمعنى ان القاعدة القانونية تجد مادتها الحقيقية في
الحاجات الاجتماعية او الاقتصادية او السياسية التي اراد الحكام معالجتها عن طريق القانون، او في المعتقدات الدينية او الفلسفية او الايديولوجية التي
استوحى منها واضع القانون بعض احكامه.
هذا ويطلق على النصوص او الاحكام او الشرائع التي اخذ او استوحى منها واضع القانون بعض احكامه، اسم "المصدر التأريخي" للقانون..
لكن "المصدر التأريخي هو، في الحقيقة، جزء من "المصدر المادي" لانه يتضمن الافكار والقيم الدينية، الاخلاقية، الفلسفية التي كانت وراء القاعدة
القانونية بحيث تكون "مادة" هذه القاعدة منظورا اليها في بعدها الزمني اي التأريخي وليس في بعدها الراهن.إلا ان الذي يجب اخذه بنظر الاعتبار، من
الناحية القانونية. بالنسبة لمسألة مصادر القانون هو تحديد الارادة المنشئة للقانون او للقاعدة القانونية. وهذه الارادة هي ارادة الدولة او، بعبارة ادق،
ارادة الحكام القابضين على السلطة. فمصدر القانون هو في ارادة الحكام المعبر عنها فيما تضعه من قواعد سلوك ملزمة للافراد اي فيما تضعه من قواعد
قانونية.

(٢) واذا كانت اللغة تعبيراً عن واقع واحاسيس وتصورات انسانية فأنها لايمكن إلا ان تتضمن معنى القانون بالشكل الذي عرضناه. ففي اللغة الفرنسية توجد
كلمة "DROIT" المشتقة من كلمة "" DIRECTUM اللاتينية، وكذلك في اللغة الايطالية فان كلمة "DIRITTO" وفي الاسبانية كلمة "DERECHO" وفي
الالمانية كلمة "RECHT" وفي الانكليزية "right" مشتقة ايضا من ذات الكلمة اللاتينية التي تثير فكرة الاستقامة او "السير باستقامة DIRIGERE".
ونجد ايضا في الجذر اللاتيني لكلمة "DROIT" الفرنسية نفس جذر فعل "REGERE" الذي يعني "يحكم" وكلمة "rex" التي تعني "الملك" وكلها ترتبط
بفكرة السلطة.
اما في اللغة العربية، فان كلمة "قانون" على ما يبدو، معربة عن الكلمة الاغريقية "KANUN" اي "العصا المستقيمة"، وتستخدم مجازا في معنى القاعدة
والقدوة والمبدأ. والتركيز في الاصطلاح الاغريقي ليس على مفهوم العصا وانما على دلالة الاستقامة.
والقانون، في لغة العرب، يعني القاعدة او "مقياس كل شيء". وقد وضع ابن سينا كتاباً في قواعد الطب اسماه "القانون في الطب".
إلا ان كلمة "قانون" بمعناها الاصطلاحي لم تستعمل في العراق وبعض الاقطار العربية الا في بدايات القرن العشرين، فقد عرفت العربية في هذا الصدد
مصطلح "الشريعة".

٢. دراسة القانون

حين نقدم على دراسة اي فرع من فروع المعرفة علينا، في البداية، ان نعرف سماته الاساسية اي نرسم الصورة العامة لهذا البناء المعرفي الذي سيدخله طالب المعرفة ليلم، بعد ذلك، بتفاصيله واجزائه.

فدراسة الجزئيات لا يمكن ان تأخذ بعدها الحقيقي ومعناها الكامل إلا من خلال الصورة الاساس للعلم محل الدراسة. وعليه فان هذه الجزئيات او الفروع يجب ان تدرس ضمن تصور عام او شمولي للعلم التي هي جزء منه. لذا فأن دراسة جزئيات او فروع اي علم عبر عدد من السنين لا يمكن، بعد اكتمال هذه الدراسة، ان تعطي الصورة الكاملة للمتعلم عن هذا العلم. وليس من المستبعد ان يظل طالب المعرفة، حتى بعد انتهاء دراسته وممارسة "مهنته"، عاجزا عن ايجاد الصورة الكاملة للعلم الذي اقدم على دراسته، لأن ادراك الاجزاء لا يمكن ان يؤدي الى ادراك الكل. فالكل ليس مجموع الاجزاء فحسب، بل هو ايضاً التصور الشمولي لهذه الاجزاء.

فطالب القانون سيعرف القانون الدستوري والقانون المدني وقانون العقوبات، لكن هل سيعرف القانون؟ من الصعب الجواب بالايجاب، لان هذه الجزئيات او فروع القانون لا تعطيه الصورة الكاملة. فتركيب الصورة الشاملة للقانون من هذه الجزئيات سيصعب عليه. وقد يكون بعد تخرجه "رجل قوانين" لا رجل قانون، او قانونياً لا يعرف "القانون"!

والدخول في تفاصيل وجزئيات اي علم يحتاج، في البداية، الى دليل يساعد طالب المعرفة على تحديد موقع كل فرع من فروع العلم وبالتالي على ادراك جزئياته والربط بينها ويقيه من الضياع في التفاصيل التي تحجب عنه الصورة الواضحة لهذا العلم الذي هو بصدد دراسته.

والدليل الى علم من العلوم هو المدخل اليه. فالدليل او المدخل سيكون، إذن، الوسيط الامين الذي سيقود طالب العلم، في بداية توغله في تفاصيل وجزئيات العلم، ويدله على الاتجاه الصحيح للسير في طريق المعرفة.

واذا كانت العلوم، صرفة ام اجتماعية، التي تدرس في الجامعة قد تهيأ لها الطالب في الدراسة الثانوية بشكل او بآخر، حيث تكونت لديه فكرة، ولو بسيطة، عن مواضيعها او خطوطها الاساسية، وان ما ينتظره في الجامعة هو المزيد من التوسع فيها وفق منهج علمي دقيق، فان علم القانون يبقى مجهولاً، بالنسبة للطالب الذي يقدم على دراسته إذ لم يسبق ان تعرّف في الدراسة الثانوية بأي شيء، تقريباً، يذكره بالقانون ويمهد لدراسته. فالطالب الذي يقدم إلى كلية القانون يجهل،إن صح التعبير، كل شيء عن أي شيء في القانون. فكل شيء جديد بالنسبة له، حتى المصطلحات الفنية التي يسمعها لأول مرة. لذا فهو اكثر حاجة من زملائه الآخرين، في الجامعة، الى دليل او مدخل يعرفه بالقانون ويمهد له السبيل الى دراسته ويقيه من الضياع في تفاصيله[1]. وعليه اذا كانت الحاجة ملحة من الناحية العلمية والتعليمية الى ان يمهد لكل علم، يدرس في الجامعة، بمدخل فان المدخل الى القانون يكاد يكون الشرط الاساس الذي لابد منه لطالب المعرفة القانونية. ولكي يحقق "المدخل الى القانون" الغاية المطلوبة منه، فان عليه ان

(١) لقد حاولنا في كتابنا: "المدخل لدراسة القانون الوضعي" (بغداد، دار الشؤون الثقافية العامة، ١٩٩٦)، ان نعطي صورة واضحة عن اقسام وفروع القانون التي تكون، على ما نعتقد، المنهاج الاساس لمرحلة الدراسة الجامعية الاولية للقانون.

يقدم الصورة الاجمالية للقانون او الاحاطة الشمولية به، وان يكون الدليل في دراسة القانون ليمهد السبيل لطالب القانون للدخول بدون عناء إلى علم القانون.

٣. علم القانون

لما كان القانون مجموعة قواعد ملزمة وضعتها ارادة بشرية (الحكام) لتنظيم العلاقات بين الافراد في المجتمع، فهو اذن ظاهرة اجتماعية (كالظواهر الاقتصادية والسياسية وغيرها).

واذا كان الامر كذلك فالسؤال الذي يطرح: هل القانون، كظاهرة اجتماعية، يمكن ان يكون موضوع دراسة علمية اي ان يكون علماً؟ وللاجابة عن هذا السؤال علينا ان نحدد ما المقصود بالعلم. ويمكن القول ان كلمة "علم" تعني كل مسعى لنشاط فكري، في ميدان الوقائع موضوع اهتمامه، بلوغ معرفة تمثل ذات الدرجة من الموضوعية التي توصلت اليها العلوم الطبيعية والرياضية(١).

واذا كان الامر كذلك فان "علم القانون" هو من العلوم الاجتماعية، الذي يهتم بدراسة الحياة الاجتماعية في مظهرها القانوني.

فعلم القانون يهتم، اذن، بالانسان الاجتماعي من خلال دراسة القواعد التي تنظم حياته في المجتمع اي القواعد القانونية.

وطريقة البحث في العلوم الاجتماعية، ومنها القانون، لا تختلف، كما لاحظ العميد دكي، عن طريقة البحث في العلوم الفيزياوية او الطبيعية. وتتلخص هذه الطريقة في ملاحظة الوقائع بموضوعية والتحقق مما تم التوصل اليه بالاستنباط المنطقي بالرجوع الى الوقائع وعدم اخضاع الوقائع للمنطق، والتخلص من كل المفاهيم المسبقة اي التي لا تخضع للملاحظة المباشرة(٢).

بناءً عليه فان اول اهتمامات علم القانون هو اقرار وجود القواعد القانونية وتطبيقها على علاقات الافراد في المجتمع.

إلا ان ذلك يتطلب ايضاً تحليل وتفسير القواعد القانونية النافذة وبناء الوسائل الفكرية الضرورية لمثل هذا العمل. لذلك كان اهتمام علم القانون ومنهجه العلمي، اقامة المفاهيم التي يستند اليها في فهم وتحليل الواقع القانوني للمجتمع.

ولا يكتفي علم القانون بمعرفة القانون الوضعي النافذ في مجتمع معين. فقد لوحظ ان العديد من القواعد القانونية النافذة، وما تنظمه من "مؤسسات قانونية"، لم تكن كذلك في الماضي بحيث يمكن القول ان الحاضر القانوني متأثر، بشكل او بآخر، بالماضي الذي يمكن ان يكون مرجعا لفهم او ادراك القانون المطبق. وهذا يعني ان "تأريخ القانون" هو ايضا محل عناية علم القانون(٣).

وقواعد القانون الوضعي ليست أبدية في مضمونها ومحملها، فهي بنت الحياة وظروفها. وبتغير الظروف (الاقتصادية والاجتماعية والسياسية) يتوجب، وهذا ما يفرضه العقل والمنطق ومتطلبات

(١) Cf.M.VIRALLY:LA PENSÉE JURIDIQUE. PARIS. L.G.D.J.196. P.X.
(٢) Cf. DUGUIT: LEÇONS DE DROIT PUBLIC GÉNÉRAL. PARIS. 1926. PP. 34 – 35.
(٣) Cf. G.MAY: INTRODUCTION à la SCIENCE du DROIT. 3e éd. PARIS. GIARD. 1932. P. 57.

الواقع، تغيير هذه القواعد بما ينسجم مع الظروف الجديدة والتطلعات المستقبلية. وعندها فان علم القانون يمكن ان يلعب دوراً في تحديد "القوى الخلاقة للقانون" وبالتالي يساعد المشرع، واضع القاعدة القانونية في اختيار الحل الانسب تشريعياً. لذلك فان اقامة القانون الوضعي هي ايضاً من ميدان علم القانون.

ومما تقدم يظهر ان موضوع علم القانون هو القانون الوضعي كما هو، وكما كان،وكما يجب ان يكون، من حيث اقامته وتفسيره وتطبيقه[(١)].

وفلسفة القانون هي، كما قيل، امتداد لعلم القانون، فما هي اذن فلسفة القانون؟

ثانياً ـ فلسفة القانون

٤ ـ تعريف فلسفة القانون

لقد قيل ان كل محاولة لتعريف فلسفة القانون لا جدوى منها ووقت ضائع، لأنه تحت لواء هذه التسمية تعددت الدراسات واختلفت مضامينها كلما زاد التعمق فيها[(٢)].

ولكن الا تسعفنا، في هذا المجال، التسمية نفسها التي اوجدها لاول مرة عام ١٨٢١ الفيلسوف الالماني هيغل، وتكون "فلسفة القانون" هي الفلسفة مطبقة على القانون؟ هذا الرأي يمكن ان يكون مقبولاً إذا صدر عن الفلاسفة. إلا ان هناك من القانونيين من يؤيد هذا الاتجاه. فالاستاذ البلجيكي هيزر يرى ان فلسفة القانون "...هي الفلسفة في نطاق القانون، فهي تريد ان تفهم العالم وتسهم في معرفته بوساطة القانون، او انها تطبق على القانون مفهوماً للعالم. فأي عرض مقنع وعلمي لفلسفة القانون لا يمكن ان يدرك إلا في اطار نظام فلسفي... إذ يتطلب مفهوماً للعالم... (بناءً عليه) فالفلاسفة وحدهم مختصون بفلسفة القانون باستثناء القانونيين. ففلسفة القانون ليست بفرع من فروع القانون... ولا هي بعلم وسيط بين القانون والفلسفة، وميدانها يقتصر على الفلسفة فقط"[(٣)].

إلا ان مثل هذا الاتجاه ضعيف في الاساس الذي يقوم عليه وبالتالي خاطئ في النتائج التي يتوصل او يعتقد التوصل اليها. فكلمة "فلسفة" تعني "المعرفة العقلية، العلم بالمعنى العام للكلمة"[(٤)].

فالفلسفة،إذن، هي دراسة متعمقة لفرع من فروع المعرفة البشرية ومنها القانون. فمحاولة ادراك

---

(١) Cf.J.DABIN: Théorie générale du Droit 3e èd. PARIS. DALLOZ. 1969. P.2. إلا ان العميد جني يرى ان القانون ليس علماً فقط، بل هو علم وفن، فيقول: "على السؤال الذي غالباً ما يطرح: هل القانون علم ام فن؟ نستطيع ان نجيب: انه (القانون) هذا وذاك معاً: علم بقدر ما يستند، قبل كل شيء، الى ادراك الحقائق الموجهة للحياة الاجتماعية، فن، في ذات الوقت، لانه يتطور اصلاً بفضل ابداع الانسان".
(F.gény: Science et Technique En Droit Privé positif TIV. PARIS. SIREY.1924.p.153).
ويمكن ان نلاحظ على هذا الرأي بأن المشرع في عمله يستند الى معطيات مقرة علمياً، فهو لا يستطيع ان يضع القاعدة القانونية او يعدلها دون معرفة العوامل المؤثرة في ذلك. وعمل المشرع علمي ايضاً لأنه يقدم الى علم القانون المادة الاساسية لهذا العلم وهو القانون الوضعي.
"فالمشرع، اذن، يقول الاستاذ غاستون مي، هو في آخر الأمر مسهم في العمل العلمي وان العلم يبقى ناقصاً اذا اقتصر على وصف قانون الأمس لأنه سيهمل بيان المسالك التي يقام قانون الغد بموجبها".
(غاستون مي: المدخل الى علم القانون، المرجع السالف الذكر، ص٦٠).

(٢) Cf. N. BOBBIO:NATURE ET FONCTION DE La PHILOSOPHIE Du Droit. A.P.D.1962. P.1.

(٣) J. Haesaert: Théorie Générale du Droit. Bruxelles.1948. pp. 27-28.
وكذلك يرى الاستاذ الايطالي دلفيكيو: ان "فلسفة القانون، كما يظهر من اسمها، هي الفرع من الفلسفة الذي يهتم بالقانون".
G. DEL VECCHIO: Philosophie du Droit. PARIS. DALLOZ. 1953.P.

(٤) Lalande: Vocabulaire Technique de la Philosophie. PARIS . P.U.F. 8e éd. 1960.P.774.

طبيعة القانون الوضعي هي عمل فلسفي، فماذا يعني "التفلسف" غير محاولة فهم الواقع عن طريق التفكير[١].

وحين ينصب مثل هذا التفكير او الدراسة المتعمقة على القانون، فيكون من المنطقي، بل من الطبيعي، ان يقوم بها المشتغلون بالقانون. فهي اذن من ميدان الدراسات القانونية اولاً واخيراً. ففي دراستنا لاساس القانون وطبيعته. لا ننطلق ولا يمكن ان ننطلق من "نظام فلسفي" معين، بل من استقراء الواقع القانوني. ففلسفة القانون لا يمكن ان تكون، في الحقيقة، غير "فلسفة" علم القانون، اي محاولة بلوغ الصورة الشاملة للقانون أنطلاقاً من معطيات القانون الوضعي. وخير من يقوم بهذه المهمة هم القانونيون وحدهم. ففلسفة القانون،إذن، هي من نطاق القانون لا الفلسفة، بل هي، كما قيل، القانون الوضعي حين يكون محلاً للفكر التأملي[٢].

حقيقة ان القانوني حين يرجع الى اسس القانون ويحاول ان يحدد طبيعته لا يمكن ان يبقى بمعزل عن "التفسيرات" او "الاختيارات" الرئيسة التي طرحت لفهم او لادراك عالمنا. كما انه لايمكن ان يجهل او يتجاهل مقدار تأثير هذه التيارات او المواقف الفلسفية في الافكار والنظريات التي طرحت في ميدان علم القانون. والقانوني انسان وبالتالي لا يمكن ان نعزل مفهومه للقانون عن مفهومه للعالم والحياة. واذا كانت الفلسفة، في الواقع، تفكيراً في الانسان ومصيره، فأن القانوني لا يمكن ان يتجاهلها. لذا فان كل نظام قانوني يتضمن موقفاً فلسفياً، في الحقيقة، يسلم به المشرع، لا بل ان بعض الحلول القانونية داخل النظام القانوني الواحد يمكن ان تكون محل مواقف فكرية متباينة. يكفي ان نسوق على سبيل المثال، الحلول القانونية المتعلقة بالاجهاض والطلاق والتبني في النظام القانوني الفرنسي[٣]. لكن هذا لا يعني ولا يمكن ان يعني ان القانوني يخرج من ميدان القانون او من ميدان الدراسة القانونية حين يؤصل او يحاول ان يؤصل موضوع دراسته ما دام قد انطلق من القواعد القانونية او من الانظمة القانونية محور مشاهداته واستقرائه. وحتى المشتغلون بالعلوم الطبيعية او الرياضية لا يمكنهم إلا ان "يتفلسفوا" بهذا المعنى وبالتالي لا يمكن ان يقال انهم خرجوا من نطاق علمهم واصبح هذا الاخير من اختصاص "الفلاسفة". كما ان هذا لايعني ايضاً ان الفلسفة قادرة على ان تقدم تعريفاً للقانون. ففي اغلب مؤلفات "الفلاسفة" عن القانون نجد الفلسفة فيها اكثر من القانون. ومن الجائز انهم لم يفتحوا مدونة او مجموعة احكام قضائية او حتى كتاباً في القانون.

إلا انه في هذا المجال... يقول العميد دابا، يصنع القانون ويكون محل تفكير في تجربة معاشة تدعو الى التأمل اولاً، اولئك الذين اختاروا مهنة القانون[٤].

ويقول العميد ربير: "ليس المطلوب ان يفسر القانون بالفلسفة، بل ان نرى ما يمكن ان نجد من

---

(١) انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ط٣، المرجع السالف الذكر، ص٩.

(٢) Cf. BRIMO: Les Grands Courants de la Philosophie du droit et de L'ETAT. 2e éd. PARIS.PEDONE .1968.P.9.

(٣) Cf. Aubert: Introduction au Droit . 9e éd. PARIS .Armand Colin . 1988. P.56.

(٤) دابا: النظرية العامة للقانون، ط ٣، المرجع السالف الذكر، ص ١٠.

فلسفة في القانون"(١).

وعليه فان موقف الفلاسفة من القانون لا يمكن ان يغير صفة "فلسفة القانون".

فالفلاسفة الذين انطلقوا من "نظام فلسفي" معين اي من تفسير طرحوه للعالم، حاولوا ان يدخلوا القانون في هذا "النظام" لكي يكتمل "تفسيرهم" للحياة وحاولوا، بناء عليه، ان يقدموا مفاهيم وتصورات عن القانون تنسجم مع "انظمتهم" الفكرية.

وموقف كهذا لا يمكن إلا ان يشوه دراسة القانون وتعميقه ونقول "فلسفة القانون" بالمعنى الدقيق، لأنه يعطيها طابعاً "ايديولوجياً" معيناً ينسجم مع معتقدات وافكار الفيلسوف الذي عرج على القانون. وهكذا فعل، مثلاً، افلاطون، ارسطو، توما الاكويني، كانط، وهيغل وحتى ماركس.

فهؤلاء الفلاسفة لم يهتموا بمعرفة القانون في ذاته، أو في طبيعته، أو في الاسس التي يقوم عليها، ولم يحاولوا ان يحددوا الظاهرة القانونية بقدر ما اهتموا بالقوانين العادلة وغير العادلة وبتصورات عن القانون دون ان يركزوا الجهد على دراسة حقيقته وواقعه، فكانت بهذا المعنى "فلسفات" عن القانون.

إلا ان مثل هذه الاهتمامات كانت قد سبقت تأريخياً الاهتمام الحديث بدراسة اساس وطبيعة القانون، لذلك فقد اثرت في تحديد مدلول "فلسفة القانون" وبالتالي فقد اعُتقد ان هذه الاخيرة تدخل في اختصاص الفلاسفة وهي من الفلسفة.

ولهذا السبب ايضاً قيل ان "النظرية العامة للقانون" هي المؤهلة لدراسة اساس القانون وطبيعته بعيداً عن "الفلسفة" واحكامها القيمية وعن انظمتها ومواقفها الذاتية(٢). بيد ان الحقيقة تقضي بان تكون معالجة فلسفة القانون انطلاقاً من القانون لا من الفلسفة يعالجها المشتغلون بالقانون لا الفلاسفة.

فما نحتاجه، إذن، في معالجة "فلسفة القانون" هو قانوني- فيلسوف، إن صح التعبير، وليس فيلسوفاً- قانونياً، فالأول هو ادرى واكثر تأهيلاً لمعالجة الموضوع من الثاني الذي هو طارىء على القانون وبالتالي على "فلسفته"!

٥. أهمية فلسفة القانون

لقد شكك البعض في جدوى فلسفة القانون وتساءلوا: لماذا فلسفة القانون؟ اولاً، لان لها اهمية تعليمية وعلمية حيث انه من المفيد جداً ان يختم الطالب والباحث في القانون دراسته وبحوثه في تأمل المشاكل الكبرى للقانون لتكوين نظرة شمولية وعميقة عن القانون. وفلسفة القانون تفرضها، ثانياً، "طبيعة الاشياء". فمهما كان تعامل القانوني مع المشاكل القانونية، فأن هناك حالات لابد من ان يحدد موقفاً منها وان يكون قادراً على تبرير قناعاته. ان نخضع اولا نخضع الى القانون: سؤال يثير في النفس، بدون شك، مشكلة قيمة القانون وحتمية مواجهة اساس وطبيعة القانون.

ويروي الاستاذ بريمو ان شاباً المعياً من المختصين بالقانون الاداري قال له: "انا انتظر ان تثبتوا لي فائدة فلسفة القانون حتى اؤمن بها". فكان جوابه ان فائدة فلسفة القانون موجودة في كل صفحات كتب

---

(١) G.RIPERT: La règle MORALE dans les OBLIGATIONS CIVILES. PARIS. L.G.D.J. 4e éd. 1949.P1

(٢) ويعتقد الاستاذ دابا انه تجنباً لهذا الالتباس، فضل تسمية مؤلفه "النظرية العامة للقانون"، على "فلسفة القانون"، رغم ان كتابه هذا تضمن توغلاً عميقاً و"فلسفياً"، في مفهوم القانون.
(انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ط٢.، ص١٠-١١).

القانون الاداري التي يستخدمها! فهل يستطيع القانوني الجديد بهذا الاسم ان يجهل ان القانون الاداري الفرنسي قد جددته بكامله النظريات الموضوعية للعميد دكي، وان المفاهيم القانونية التي يستخدمها يومياً اساتذة القانون الاداري لا يمكن ان تبرر إلا بفضل مذهب العميد دكي عن القانون والدولة[1].

وفي هذا السياق يقول الاستاذ دبيرو ان الفكر القانوني الفلسفي حين انصرف الى دراسة المشاكل النظرية الكبرى مستخلصاً مبادئها الحقيقية، قد اثر في التطور الوضعي للقانون وفي اقامته وتطبيقه تأثيراً كبيراً وحصل على نتائج اكثر فاعلية من تلك التي تنسب الى الذين تمسكوا بالتكنيك القانوني فقط. فهل يستطيع احد انكار تأثير التجديد الفقهي الذي حصل منذ مطلع القرن العشرين في التشريع وفي القضاء وكذلك في التوجه العام للافكار والعادات في فرنسا. "لنأخذ، يقول الاستاذ ديبرو، احدى النظريات المعاصرة التي اثارت معارضة كبيرة وهي نظرية دكي. (إلا ان) تأثير هذا القانوني الكبير كان حاسماً في العالم القانوني المعاصر. فبفضل المناقشات الكبرى التي اثارها... فان آراءه دخلت في كل تنظيماتنا الادارية، وساهمت، بدون ان نشعر، في تغييرها. وحتى هذه الفكرة التي تتردد في مؤلفاته: يجب تقييد الدولة بالقانون... فمن كثرة ما ينادي بالتقييد ومن كثرة ما يؤكد ضرورتها ويفضح مخاطر عدم تقييد الدولة... الم نصل، في الواقع، الى ايقاف التصرفات التحكمية... في امور جوهرية؟"[2].

هذا عن اهمية فلسفة القانون. واذا كان الامر كذلك فان دراستها ستفرض في الزمان والمكان.

٦. دراسة فلسفة القانون

فمنذ بداية القرن التاسع عشر الاوربي بدأ الكلام وبدأت المؤلفات عن فلسفة القانون. فصدر عام ١٨٢٣ مؤلف الفقيه الانكليزي اوستن: "محاضرات في علم القانون او فلسفة القانون الوضعي"[3].

وخلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر ظهر العديد من المؤلفات في "النظرية العامة للقانون"، ثم تراكمت المؤلفات في "فلسفة القانون".

وتحتل فلسفة القانون مكاناً مرموقاً في مناهج كبرى الجامعات الاوربية في اسبانيا وايطاليا والمانيا والنمسا وهولندا، وفي انكلترا، وتكون غالباً، تحت اسم "علم القانون Jurisprudence"[4].

وزاد الاهتمام بفلسفة القانون بشكل ظاهر بعد الحرب العالمية الثانية.

اما في فرنسا فان القانونيين لم يهتموا، لفترة طويلة، بفلسفة القانون ولم يتناولوها إلا بشكل عارض، الامر الذي حدا باحد كبار القانونيين وهو "الفونس بواتيل Alphonse Boistel" ان يعلن في محاضراته في فلسفة القانون التي نشرها عام ١٨٩٩، ان استبعاد هذه المادة من مناهج الجامعات أمر غير طبيعي بالنسبة للتعليم العالي[5].

---

(١) انظر: بريمو، الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، المرجع السالف الذكر، ط ٢، ١٩٦٨، ص ٨.

(٢) 2-H. Dupeyroux: Les grands problèmes du Droit A.P.D. No 1 .PARIS. SIREY.1938.PP.29. 30 30.

(٣) "LECTURES on Jurisprudence or The Philosophy of positive law".

(٤) انظر: دلفيكيو، فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص٦.

(٥) Cf. Michel Villey: Philosophie du Droit. 4e. èd.PARIS. DALLOZ. 1986. PP.1 - 2.

إلا ان الوضع قد تغير على ما يبدو في الوقت الحاضر. ويعزو الاستاذ باتيفول هذا التغيير الى التحولات القانونية في اواخر القرن التاسع عشر التي ادت الى اثارة مسألة المنهج في البحث القانوني، كما ان التبدلات الجذرية التي حدثت نتيجة للحربين العالميتين اظهرت مشاكل كانت قد بقيت خافية. والعلاقات مع العالم الخارجي أبانت أن فلسفة القانون تدرس في العديد من البلدان[١].

وقد ادخلت "فلسفة القانون" في مناهج كليات القانون في فرنسا بعد اصلاح الدراسات القانونية الذي تم عام ١٩٥٨. واليوم يوجد في جامعة باريس للقانون والاقتصاد والعلوم الاجتماعية، دبلوم دولة متعمق في فلسفة القانون يؤهل الى الدكتوراه في فلسفة القانون.

وفي العراق ادخلت فلسفة القانون لأول مرة في كلية القانون بجامعة بغداد في السنة الرابعة اثر اصلاح الدراسات القانونية في مطلع العام ١٩٧٠.

وقد قمتُ بتدريسها عام ١٩٧٢ وكان كتابي "مذاهب القانون" ثمرة هذا التدريس. وبعد ذلك استمر تدريسها بضع سنوات ثم الغيت من دراسة البكلوريوس في القانون.

وحين كان لي شرف الاسهام في وضع اسس وتحديد آفاق الدراسة في كلية القانون بجامعة بابل، عادت فلسفة القانون لتدرس في السنة الرابعة من البكلوريوس في هذه الكلية التي خاضت تجربة رائدة في تعليم القانون. ونشير الى ان فلسفة القانون هي ضمن منهج الدراسات العليا في القانون في كل من كلية القانون بجامعة بغداد وجامعة النهرين. ونرى ان تعاد دراستها في السنة الرابعة ويقتصر في الدراسات العليا على التعمق الفلسفي في بعض مسائل القانون.

ثالثاً- منهاج فلسفة القانون

٧. طرح المشكلة

كل بحث في القانون يتضمن مستويات مختلفة تميزها درجة التعمق في مسائل القانون. وفي المستوى الاول يقضي المنهج السليم في البحث مواجهة القانون ككل بانتظار دراسة اجزائه، اي اعطاء صورة واضحة عن القانون تاركين التفاصيل والمتغيرات ومتجهين صوب الثوابت والاسس المشتركة.

فالدراسة الاولى للقانون تتضمن، إذن، اعطاء الافكار والمفاهيم والمبادىء الاساسية والوسائل التي تساعد على فهم اقسام وفروع القانون الاساسية. وكل ذلك سيكون من ميدان "المدخل الى القانون".

وعند التعمق في دراسة الافكار والمبادىء والمفاهيم والنظريات القانونية التي تكونت عبر الزمن وعبر مواقف فكرية ومذهبية متعددة، وكل ذلك انطلاقاً من معطيات القانون الوضعي، نكون قد انتقلنا الى مستوى اعلى في معرفة القانون وهو مستوى فلسفة القانون. ولذلك فليس من الصحيح القول ان فلسفة القانون تبدأ من حيث ينتهي علم القانون الوضعي[٢]، في حين ان فلسفة القانون هي امتداد لعلم القانون[٣].

---

(١) Cf.Batiffol: problèmes de Base de philosophie du Droit . PARIS. L.G.D.J.1979.P.3.

(٢) انظر: دلفيكيو، فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص ١٩-٢٠.

(٣) انظر: فيرالي، الفكر القانوني، المرجع السالف الذكر، ص XI-XII.

ان فلسفة القانون لايمكن ان تكون غير مرحلة او مستوى متقدم في تعميق علم القانون ومفاهيمه الاساسية. فمع فلسفة القانون نبقى، إذن، في علم القانون الوضعي ومنه ننطلق لنصل الى مستوى آخر لفهم القانون. واذا كان هناك من استقلال لفلسفة القانون عن علم القانون الوضعي فهو استقلال في الدرجة، وفي المستوى البحثي وليس في طبيعة المشاكل محل المعالجة. فعلم القانون وفلسفة القانون مستويان في البحث لفهم النظام القانوني: الفلسفة تعميق لبعض جوانبه ولمشاكله الكبرى وليس نظرة فوقية تعلو عليه وتنفصل عنه.

إلا ان البعض يعتقد ان هذه المهمة من إختصاص "النظرية العامة للقانون" ما دمنا في اطار القانون الوضعي والنظام القانوني. لكن التمييز بين النظرية العامة للقانون وفلسفة القانون ليس إلا مسألة تعوزها الدقة، في الرؤية، لأنهما وجهان لحقيقة واحدة. فاذا استعرضنا ما كُتب تحت عنوان "النظرية العامة للقانون" نجد انه ضمن فلسفة القانون، في الحقيقة، سواء من حيث طبيعة المشاكل محل المعالجة أم من حيث منهج تناولها.

ويكفي، لكي نقتنع، ان نرجع الى مؤلفات رُبية و دابا وهيزر، في النظرية العامة للقانون. "ان مسألة فلسفة القانون، يقول العميد دلفيكيو، قد عولجت حتى بافتقاد كرسي لفلسفة القانون. والحالة الاكثر اشراقاً نجدها في فرنسا حيث تم تناولها... بسعة في اعمال غالباً ذات قيمة عالية، رغم انها تقدم تحت عنوان النظرية العامة للقانون وليس فلسفة القانون"(١).

ومهما اختلف تناول الكتاب لمسائل فلسفة القانون فانها يمكن ان تُرد في آخر الامر الى مسألتين جوهريتين: اساس القانون وطبيعة القانون.

٨. أساس القانون

يقول الاستاذ رُوبية في مطلع كتابه "النظرية العامة للقانون"، "إن من يأخذ على عاتقه دراسة القانون، لايمكنه إلا ان يتعجب من الاختلاف الهائل بين القانونيين حول تعريف واساس القانون... لا شك ان هناك اتفاقاً في القول بان هدف القانون هو اقامة نظام اجتماعي منسجم وحل النزاعات بين الافراد. لكن منذ ان نتجاوز هذه المعطية... فأن الاختلافات تظهر بحيث لا يوجد مثيلها في اي فرع من فروع المعرفة"(٢).

في الحقيقة اذا كان القانون هو قواعد سلوك اجتماعية تفرض الامتناع عن بعض الاعمال او التصرفات او تأمر بالقيام ببعض الاعمال بغية الحفاظ على حياة المجتمع واستمراره وتطوره، فان عدة تساؤلات تثار بهذا الصدد: هذه القواعد القانونية المحددة لسلوك الافراد في المجتمع من اين جاءت؟ هل تفرضها ضرورات الحياة في الجماعة ام ان الانسان وضعها عن قصد وتفكير؟ هل هذه القواعد ذات وجود موضوعي يكتشفها العقل القويم ام تفرزها حاجات المجتمع وضروراته ام ان ارادة معينة ارادتها ومن ثم فرضتها؟ واذا كان من الصعب، ان لم يكن من المستحيل، ادراك مجتمع بدون قانون، فانه كذلك من الصعب تصور وجود مجتمع بدون سلطة اي بدون حكام يقبضون على السلطة ويستطيعون بالتالي

---

(١) دلفيكيو، فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص٦.

(٢) Roubier: Théorie générale du Droit, 2e èd. PARIS , SIREY , 1951 ,P.2.

فرض ارادتهم على اعضاء المجتمع الآخرين اي على المحكومين. والحكام يحكمون، او يمارسون السلطة بواسطة قواعد معينة من وضعهم، لذا فان القانون يجد اساسه في ارادة الحكام او انه مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الافراد والتي تفرضها السلطة في المجتمع. فالقانون سيكون، عندئذ، مجموعة قواعد آمرة تضعها السلطة او، بعبارة ادق، الحكام القابضون على السلطة في المجتمع. وهذا هو، في الحقيقة، الاساس الوضعي للقانون.

إلا ان البعض وان أقر هذه الواقعة يرى ان القانون هو ليس ما يفرضه او يضعه الحكام القابضون على السلطة، بل هو مجموعة مبادئ تتماشى مع طبيعة الاشياء وبالتالي مع العقل ومن ثم تفرض على الحكام بحيث يجب ان تتماشى معها قوانينهم والا اصبح المحكومون في حل من طاعتهم للحكام. فهناك اذن، قانون يعلو على الحكام وعلى قوانين الحكام ومنه تستمد القوانين الوضعية صفة الزامها. ذلك هو الاساس الطبيعي للقانون.

غير ان فئة ثالثة من المفكرين ترى ان القانون هو ليس ما يفرضه او يضعه الحكام (الدولة) ولا هو ما يتماشى مع الطبيعة والعقل، بل هو وليد حياة الجماعة بحيث يولد تلقائياً من المجتمع وتفرضه على اعضاء الفئة الاجتماعية ضرورات العيش نفسها في المجتمع. فالقانون سيكون ذا اساس اجتماعي لا يدين بوجوده إلا لحياة الجماعة وضروراتها ولا يفرضه سلطان: سواء اكان سلطان الافراد ام سلطان العقل. وذلك هو الاساس الاجتماعي للقانون.

وبناءً على ما تقدم،فاننا سندرس، في القسم الاول من هذا الكتاب، الاساس الوضعي اولاً، ثم الاساس الطبيعي واخيراً الاساس الاجتماعي للقانون[1].

٩ . طبيعة القانون

يقول العميد جورج ربير ان وجود القانون الوضعي لا يمكن انكاره[2]. ومع هذا فلا "الوضعية" ولا "القانون" هي مفاهيم واضحة ومحددة. واذا سلمنا بان القانون هو مجموعة قواعد تحدد السلوك تضعها او تقبلها السلطة العامة التي تنفذها بجزاء قسري[3]، فأننا لا نكون بعيدين عن الاتفاق حول ذلك. ولكن اذا اجتمعت عناصر التعريف هذه، فهل من الاكيد ان نكون بصدد قاعدة قانونية او القانون؟ وهل من الضروري وجود السلطة لكي يكون هناك قانون؟ وهل هذه السلطة تعني سلطة الدولة فقط؟ الا توجد قواعد قانونية خارج مبادرة الدولة؟ وهل الجزاء ضروري لتمييز القاعدة القانونية، اي هل هو موجود في

---

(١) بناءً عليه فان مذاهب القانون لا تعدو ان تكون ثلاثة رئيسة.

نعم هناك العديد من الاتجاهات والتيارات الفكرية في عالم القانون، إلا انها ليست، في الواقع، الا رؤى جزئية لظاهرة القانون، كما انها يمكن ان تدخل (وتدخل بالفعل) تحت لواء مذهب او اكثر من المذاهب الثلاثة الرئيسة. ودراسة هذه المذاهب لا تقتصر اهميتها على بيان "اساس القانون" فحسب، بل تسهم ايضاً في القاء الضوء وادراك العديد من المسائل التي تخص "طبيعة القانون". حقيقة ان كل مذهب من هذه المذاهب الثلاث لا يواجه جميع مشاكل طبيعة القانون بذات الاهمية والمنهجية. فقد يهتم بعضها ببعض المشاكل اكثر من غيره، وقد يسلط البعض الآخر المزيد من الاضواء على مشاكل يمر عليها الآخر عابراً، لان محور الاهمية قد يختلف من مذهب الى آخر.

لكن ما دمنا سنعرف محور تفكير كل مذهب وانطلاقته، فاننا نستطيع ان نبين موقفه تجاه مشاكل لم يعالجها او لم يمر عليها إلا سريعاً.

فدراسة هذه المذاهب والتيارات الفكرية القانونية التي تلحق بها، لها اذن فائدة فكرية وعلمية، لأنها تقدم ارضية صلبة يمكن الوقوف عليها والانطلاق منها لادراك اساس وطبيعة القانون وبالتالي الالمام باهم المسائل التي تطرحها فلسفة القانون.

(٢) Cf.G.Ripert. Les Forces Créatrices du Droit . PARIS. L.G.D.J.1955. P.74.

(٣) انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص٧.

كل القواعد القانونية ومتى نكون امام "وضعية" القاعدة القانونية؟

فالقانوني حين "يتفلسف" فانه يتأمل طويلاً في القواعد المنظمة لسلوك الافراد في المجتمع. فهو يتساءل عن سبب الزام الافراد بهذه القواعد وما هو مصدر هذا الالزام او اساسه؟ وهل هذه القواعد هي "قواعد قانونية"، واذا كان الامر كذلك فكيف نميزها عن باقي القواعد الاجتماعية؟ وللاجابة عن كل هذه التساؤلات بشكل منظم وعلمي يتوجب الوقوف اولاً عند القاعدة القانونية، فمن مجموع القواعد القانونية يتكون "القانون الوضعي" اي القانون النافذ في بلد معين. وتحديد طبيعة القانون يتضمن البدء بالدراسة المتعمقة للقاعدة القانونية. ودراسة القاعدة القانونية توجب الوقوف عند بنية هذه القاعدة وما تثيره من مسائل مهمة تتعلق بأمر القاعدة القانونية ووضعيتها ونجاعتها وجزاء القاعدة القانونية. وبعد ان نحاول تحديد مكونات القاعدة نتساءل هل يوجد مصدر آخر للقاعدة القانونية خارج ارادة السلطة او الدولة؟ نعم يجيب البعض، فالعرف يمكن ان يكون "مصدراً" للقانون. فما المراد، إذن، بالقاعدة العرفية وكيف يمكن تصور قانونية القاعدة العرفية؟

واذا كانت القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك في المجتمع، فان القاعدة الاخلاقية يمكن ان تكون كذلك، عندها كيف نميز القاعدة القانونية عن القاعدة الاخلاقية وما قيمة هذه الاخيرة؟

واذا كان "القانون" هو قواعد سلوك ملزمة تنظم اعمال او تصرفات الأفراد في المجتمع، فبأي "اجراء شكلي" يأخذ القانون أو بأية "قناة" يمر ليترجم، في الواقع، بقواعد سلوك تفرض القيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل؟ وتلك هي مسألة "القانون الوضعي la loi".

ودراسة القانون الوضعي توجب الوقوف عند عدة مسائل رئيسة هي:

إقامة القانون الوضعي، تطبيق القانون الوضعي، ثم تعريف القانون الوضعي واخيراً ازمة القانون الوضعي. واذا كان القانون هو القانون الوضعي والقانون الوضعي يتضمن امراً بالقيام بعمل معين او بالامتناع عن القيام بعمل معين، فان هذه الاوامر والنواهي التي يتضمنها القانون الوضعي وان كانت موجهة للكل، فانها تمنح بعض الاشخاص سلطة او مكنة الزام الغير بالقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل. فماذا تعني، في الحقيقة، هذه المكنة او القدرة او السلطة التي يضعها القانون تحت تصرف البعض؟ الاتستند هذه المكنة او السلطة الى القانون وعندها نكون امام قانون في مصلحة الفرد ولذاته، فهو "قانون ذاتي Droit Subjectif" او "حق فردي" او باختصار "حق" كما اصطلح على تسميته بالعربية. وما هو اساس الحق اذن؟ وهل يسلم الجميع بفكرة الحق، لان هناك من ينكر وجودها. ومن مراجعة حجج انصار وخصوم "الحق" قد نصل الى فهم حقيقة الحق وربما الى تحديد ماهيته.

وعليه فان محاولة تحديد طبيعة القانون تقضي، في القسم الثاني من هذا الكتاب، بدراسة القاعدة القانونية اولاً، ثم القانون الوضعي واخيراً الحق.

١٠. خطة الكتاب

ومن كل ماتقدم فاننا سنتبع الخطة الآتية في تناول مسائل فلسفة القانون:

القسم الأول: أساس القانون

الباب الأول : الأساس الوضعي للقانون

الباب الثاني : الأساس الطبيعي للقانون

الباب الثالث: الأساس الاجتماعي للقانون

القسم الثاني: طبيعة القانون

الباب الأول: القاعدة القانونية

الباب الثاني: القانون الوضعي

الباب الثالث: في الحق

القسم الأول

أســاس القانــون

الباب الأول

الأساس الوضعي للقانون

١١ . طرح المشكلة وخطة

لا وجود للقانون إلا في مجتمع تحكمه سلطة ويضعه القابضون على هذه السلطة. فلا قانون، إذن، غير القانون الوضعي وهذا هو الاساس الوضعي للقانون الذي نجده متمثلاً فيما اسموه "الوضعية القانونية le positivisme Juridique". فالقانون بالنسبة لها هو القانون الوضعي وهو من وضع ارادة بشرية حاكمة. وان القانون سيكون "نظاماً منطقياً مغلقاً" بمعنى ان الحلول القانونية تستقى من القواعد القانونية الوضعية ومنها فقط دون اللجوء الى كل ما هو خارج عن النظام القانوني من قيم اخلاقية، سياسية او اجتماعية. ولهذا فان هناك فصلاً مطلقاً بين القانون والاخلاق وبين القانون والسياسة، اي بين القانون كما هو كائن وبين "القانون" كما يجب ان يكون.

غير انه من الوضعية القانونية انحدر تيار وان كان وضعياً في منطلقاته الا انه وصل منها ومعها الى أقصى المراحل مستنفداً كل نتائجها المنطقية ومحاولاً تجاوز كل العقبات التي اعترضتها. وهذا التيار الفكري الذي دفع الوضعية القانونية الى اقصاها، معطياً صورة جديدة، هو ما اطلق عليه اسم "السننية القانونية le Normativisme Juridique".

وعليه يتوجب علينا، لكي نعطي صورة كاملة عن الاساس الوضعي للقانون، ان ندرس، في فصل اول، الوضعية القانونية، ثم ندرس، في فصل ثان، السننية القانونية.

الفصل الأول
الوضعية القانونية

§١- فكرة الوضعية القانونية

١٢ . نشأة الوضعية القانونية

ان الوضعية القانونية كموقف فكري او كمذهب مدينة بوجودها الى الروح الفلسفية التي سادت في القرن التاسع عشر في اوربا ولاسيما في فرنسا.

اما الوضعية القانونية كطريقة او منهج فانها قديمة جداً، وإن كانت هناك علاقة اكيدة بين الطريقة او الممارسة وبين النظرية، بهذا المعنى فإن الطريقة هيأت الانتقال من الممارسة الى النظرية. فكل قاعدة قانونية تحتاج بحكم وجودها الى شرح وتفسير. فالقانوني،إذن، بحكم مهنته، بحكم اهتماماته، يمارس الوضعية القانونية وذلك حين يقتصر على دراسة النصوص وعلى تفسيرها.

ولهذا وفي هذا الاطار وبهذا المعنى فإن الشراح على المتون مارسوا الوضعية دون علم منهم وذلك منذ القرن الثاني عشر في اوربا.

إلا ان الوضعية القانونية هي ليست طريقة تقتصر على دراسة النص وشرحه فحسب، بل هي موقف او نظرية من الظواهر القانونية. وهذه النظرية مدينة بوجودها الى الفلسفة الوضعية التي سادت في القرن التاسع عشر.

وفي هذا المجال فأن "مؤسس" علم الاجتماع الحديث الفيلسوف الفرنسي اوكست كونت (١٧٩٨ – ١٨٥٧) قد لعب دوراً مهماً. فبالنسبة له ان التفكير البشري قد مر بمراحل ثلاث: المرحلة اللاهوتية، المرحلة الميتافيزيقية والمرحلة الوضعية.والانسانية بعد ان سيطر على تفكيرها ومسعاها الفكري الجو اللاهوتي (التفسير الالهي للظواهر)، وبعد ان اجتازت المرحلة الميتافيزيقية (القانون الطبيعي)، تكون قد دخلت مرحلة التفكير الوضعي اي الانطلاق من التجربة العملية في تفسير الظواهر. فالفلسفة الوضعية تهدف اذن الى بلوغ الحقيقة عن طريق الملاحظة والاستقراء. بناءً عليه فان الفلسفة الوضعية وتقدم العلوم الطبيعية، في القرن التاسع عشر، لا يمكن الا ان تترك اثرها في الدراسات الاجتماعية ومنها دراسة القانون.

فالقانون لم يعد مجرد شيء تصوري يفرضه العقل (القانون الطبيعي) انما هو ظاهرة طبيعية ملموسة يمكن ان نقر وجودها في الزمان والمكان. ولهذا فهي تدرس كما تدرس الظواهر الطبيعية الاخرى وبالطريقة التجريبية نفسها، بعيداً عن الاعتبارات الميتافيزيقية او الاخلاقية او السياسية. فالقانون يجب ان يدرس بروح علمية وبالتالي يكون علماً هو علم القانون[(١)].

... هذا نجد تحديداً لموضوع دراسة القانون وبالتالي لعلم القانون. فما شاع في مطلع القرن التاسع عشر، بفضل هيمنة علوم الطبيعة والنقد الفلسفي ...رفة، هو ان العمل العلمي يجب ان يكون موضوع استقرائه ظواهر تجد مكانها في الزمان والمكان. وهذا ما يتحقق بالنسبة للقانون الوضعي الذي ...ن محل دراسة وفق طريقة او منهج علمي. ولذلك نجد ان فكرة علم القانون لصيقة بالاتجاه الوضعي (الوضعية القانونية) الذي يرى بان موضوع ...ون يجب ان يكون محل دراسة استقرائية وبطريقة علمية. بناءً عليه فان ما نقره، وبالتالي يكون محل دراسة علمية، هو القواعد القانونية النافذة ...مي، دون البحث في مضمونها حيث تتصارعه الاتجاهات الذاتية وبالتالي لا يمكن ان يكون محل دراسة علمية. ومن هنا جاءت العلاقة الطبيعية ... تكن الضرورية بين الوضعية القانونية والارادية. فلكي نحدد للقانون موضوعاً يمكن ان يكون محل اقرار ودراسة علمية. فلابد ان يكون لهذا ...وع مميزات خارجية يمكن اقرارها. وهذا ما نجده في ارادة الحكام، لأنها ظاهرة اخذت موقعها في الزمان والمكان. (انظر: باتيفول. مشاكل ...ة في فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص ٢٩،٣١).

والوضعية القانونية لم تكن مدينة في نشأتها لاعتبارات فكرية ونظرية فحسب، بل خضعت ايضاً لاعتبارات تأريخية وسياسية. فحركة التقنين التي اعقبت صدور القانون المدني الفرنسي في عصر نابليون، جعلت القانوني يقتصر في دراسته على شرح هذه القوانين وتفسيرها، التي هي ظواهر طبيعية ملموسة ذات كيان ووجود كما انها تمثل، بالنسبة لتلك الفترة "قمة الحكمة" كما قيل. فلِم البحث اذن عن قانون آخر كالقانون الطبيعي، لاسيما ان هذه التشريعات الوضعية اعتبرت ترجمة صحيحة وكاملة لهذا القانون؟

والبورجوازية المنتصرة، بعد الثورة الفرنسية، التي نشدت الاستقرار والمحافظة على الاوضاع المكتسبة الجديدة، وجدت في قوانين تلك الفترة ضماناً لمصالحها فلم يكن في وسعها إلا ان تنادي بالاحترام المقدس للنصوص بحيث نشأت فكرة "عبادة النص".

١٣ . الوضعية القانونية والإرادية

واذا كانت الوضعية القانونية قد تأثرت في القرن التاسع عشر بالفلسفة الوضعية، التي ترى في القانون ظاهرة يمكن اقرارها، فأنها تأثرت ايضاً باتجاه فكري آخر هو "الارادية le Volontarisme"، الذي يرى بان الظاهرة القانونية هي من صنع ارادة الحكام فردية كانت هذه الارادة ام جماعية. ولذلك سيكون القانون، بالنسبة للوضعية القانونية، هو القانون الوضعي الذي ارادته او وضعته ارادة حاكمة.

والارادية تجد اصولها بعيداً في الفكر الانساني. فيمكن القول ان اغلب المدارس الفلسفية الاغريقية كانت تبرز دور الارادة بالنسبة للقانون. وتذهب احدى المدارس الى القول بان الارادة اساس العقود والقانون، التي بدونها لن يكون الانسان سوى حيوان متوحش.

وقد ايد الرومان هذا الاتجاه الفكري، فمهما كان الفكر الفلسفي الذي تبناه الفقهاء الرومان فان الذي ساد هو: لا اساس للقوانين خارج ارادة الحكام.

وقد استمرت هذه الرؤية في العصر الوسيط حيث المقولة المعروفة:

"مايريده الملك يريده القانون Si Veut le roi. Si Veut la loi".

وقد تعمقت جذور الارادية مع علماء اللاهوت، فقد قيل بان القواعد الاخلاقية اقيمت بارادة الله وان القوانين البشرية ليست إلا "اجراءات" لتطبيق القوانين الالهية[(١)].

وقد وجدت هذه الاتجاهات الفكرية محصلتها عند الفيلسوف الانكليزي هوبز (١٥٨٨-١٦٧٩)، فكان بذلك مؤسس "الوضعية الارادية" الحديثة[(٢)]. فبالنسبة له لابد من ارادة الدولة القوية لكي تمنع اقتتال الكل ضد الكل. وعليه "ليست العدالة بل السلطة تضع القانون Not Rightness but Authority makes the law".

---

(١) وهذا الاتجاه الارادي للعناية الالهية نجده، في الفكر الاسلامي، عند الغزالي (١٠٣٣-١٠٨٨ م).

(٢) حول فلسفة هوبز السياسية، انظر: منذر الشاوي، الدولة الديموقراطية (الكتاب الاول: الفكرة الديموقراطية)، بغداد، منشورات المجمع العلمي، ١٩٩٨، ص ٦٦ وما بعدها.

ولم نجد "مدرسة قانون الطبيعة والشعوب" عن هذه الارادية. فبالنسبة الى بفاندرف (١٦٣٢-١٦٩٤) - الذي يعتقد كالفقيه اللاهوتي سواريز (١٥٤٨-١٦١٧) بان القانون الطبيعي يعتمد على ارادة الله - ان "القانون بصورة عامة ليس شيئاً آخر غير ارادة حاكم يفرض بواسطتها على من يتبعونه الالتزام بالتصرف بطريقة معينة يحددها لهم".

إلا ان اشهر صيغة للاساس الارادي للقانون، والتي كان لها تأثير سياسي كبير، نجدها عند جان جاك روسو: القانون هو التعبير عن الارادة العامة[1].

وهذا ما نصت عليه، بعد ذلك، المادة السادسة من الاعلان الفرنسي لحقوق الانسان في ٢٦ آب ١٧٨٩.

وما كان من بورناليس (١٧٤٦-١٨٠٧)، وهو من ابرز واضعي القانون المدني الفرنسي، إلا ان أعلن: "القوانين هي ارادات Les lois sont des volontés".

ونجد الارادية في "المدرسة التحليلية analytical school" لاوستن التي ترى في القوانين "اوامر" يقتصر دور القانوني على تحليلها[2].

اما التعبير الاكثر حزماً للارادية فنجده عند الفقيه الالماني اهرنك الذي عاش في فترة حققت بلده فيها وحدته من خلال صراع معروف، فقال ان القانون هو موضوع صراع وان القاعدة القانونية هي سياسة القوة[3].

والعلاقة بين الوضعية القانونية والارادية لا تتجلى فقط في ارادة النص او القاعدة، بل ايضاً في جزاء القاعدة الذي هو الشرط او المعيار الثاني الذي يميز او يحدد القاعدة القانونية وفقاً للوضعية القانونية.

فاذا كان القانون عمل ارادة، فان ذلك يجد تأكيده في دور الجزاء، بمعنى ان الجزاء من طبيعة القانون. فعندما يتم تجاوز الأمر تتدخل السلطة لاعادة النظام وعند الحاجة بالقوة. ولذلك فأن هذا التهديد بالقسر يصبح جزءاً من تعريف الظاهرة القانونية، فهو علامة ظاهرة لتمييز القاعدة القانونية (القانون الوضعي) عن القواعد الاجتماعية الاخرى (الاخلاقية). "عندما تتكلم السلطة،يقول الاستاذ باتيفول، فلأنها تريد، وعليها ان تريد حتى النهاية، اي انها تفرض ارادتها على من يقاومها ويعترض عليها،وذلك بالوسائل التي تحت تصرفها اي بالقوة عند الحاجة. ومن هنا تتأكد من جديد الصفة الارادية المحضة للظاهرة القانونية: لكي تراعى القوانين، وبالتالي توجد بهذه الصفة،يتوجب ان تلجأ

---

(١) حول الارادة العامة عند روسو وعلاقتها بالقانون، انظر: منذر الشاوي، الدولة الديموقراطية، المرجع السالف الذكر، ص ١١١ وما بعدها.

(٢) Cf. Batiffol: Philosophic du Droit . PARIS.196..PP.11 - 15.

(٣) وقد اثار هذا القول ضجة، في وقته، على الأقل في فرنسا، باعتباره يسبغ الشرعية على طغيان سلطة متحكمة. إلا ان العميد ريبر يرى ان ردود الفعل هذه غير صحيحة. "فابعد من ان يثير روح الهيمنة عند السلطة السياسية، فان مفهوم اهرنك يجرد السلطة من الصفة المقدسة والغامضة التي يمكن ان تحول دون كل مناقشة حول القوانين التي تقيمها".

ويضيف العميد ريبر قوله: "أن اهرنك كان محقاً... حين قال بجب الكفاح من اجل تحقيق القانون، فهو يريد ان يشير بذلك الى ان القانون لم تفرضه سلطة الهية او عقل بشري انما حققه الاقوياء، وقد كان رائداً للفقهاء الذين تخلوا عن كل مفهوم ميتافيزيقي واعتبروا القاعدة القانونية تعبيراً عن ارادة الحكام".

(ريبر: القوى الخلاقة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص ٧٢-٧٤).

ارادة السلطة الى الارغام"[1].

واذا كانت هذه، بصورة عامة، ظروف او عوامل نشأة الوضعية وعلاقتها بالارادية، فيجدر بنا الآن ان نتطرق الى الاتجاهات الفكرية المتعددة التي اخذتها الوضعية القانونية او مدارس الوضعية القانونية.

§٢- مدارس الوضعية القانونية

أولاً- المدارس التقليديـة

١٤. مدرسة الشرح على المتون

إذا كان محور اهتمام الوضعية القانونية هو التشريع او القانون الوضعي، فليس غريباً ان نرى هذه المدرسة نشأت في فرنسا بعد عام ١٨٠٤ وهي الفترة الغنية بالتقنيات وعلى رأسها القانون المدني المعروف بمدونة نابليون. واذا كان الامر كذلك، فليس من قبيل المصادفة ايضاً ان يكون معظم انصارهذه المدرسة من فقهاء القانون المدني.

فبالنسبة لهذه المدرسة ان النصوص التشريعية تتضمن كل القانون، بل ان القانون لا وجود له وان ما يوجد وبالتالي يكون موضوع عناية واهتمام ودراسة القانوني، هو التشريع فقط. وليس ابلغ في التعبير عن هذا من قول "بينه" : "انا لا أعرف القانون المدني، انا لا ادرّس الا مدونة نابليون".

فالنصوص القانونية هي الظواهر الوحيدة الملموسة والتي على القانوني التمسك والتقيد بها، ومن ثم فان طريقته يجب ان تتمشى مع هذا المنطلق: "النص قبل كل شيء" كما يقول العميد "دمولومب" (١٨٠٤-١٨٨٧)، في محاضراته عن مدونة نابليون.

ولعلنا نجد تنظير هذا الاتجاه لمدرسة الشرح على المتون école de L'éxgèse عند الفقيه البلجيكي "لورا" حين يقول: "ان التقنيات لم تدع شيئاً لتحكم المفسر، وهذا الاخير ليس مهمته بعد الآن ان يصنع القانون، فان القانون قد صنع، فلا تردد بعد اليوم، فان القانون قد دون في نصوص رسمية، لكن لكي تقدم التقنيات هذه المزية، يجب على الفقهاء والقضاة ان يقبلوا وضعهم الجديد... فلن يتم التشريع بعد الآن من قبلهم، فبصنعهم القانون سينتزع الفقهاء والقضاة دون وجه حق السلطة من اولئك الذين اولتهم الأمة صاحبة السيادة هذه المهمة"[2].

إلا ان هذا الوجه من اوجه الوضعية القانونية قد يبدو، وبدا بالفعل، مبالغاً فيه،فالتمسك بالنص دون غيره لا يمكن ان يعطي حلولاً لكل المسائل التي تطرح على المشتغلين بالقانون، لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية وما يصاحبها من تطور حتمي في القانون. لذلك نشأ تيار آخر، في ظل مدرسة الشرح على المتون، ينادي بضرورة الاخذ بنية المشرع واضع النص القانوني. فالاهتمام

(١) باتيفول: مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ١٥.

(٢) ذكره، بريمو: الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة. ص ٢٥٩.

بالنسبة القانوني سيكون بصالح النص اكثر من النص او بروح التشريع لا بحرفيته.

وهذا الاتجاه الجديد (مذهب نية المشرع) نجده، بوضوح، عند "اوبري ورو" في كتابهما "محاضرات في القانون المدني".

هذا وان معظم كتاب القانون المدني في نهاية القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين وان خففوا من غلواء مدرسة الشرح على المتون، فانهم لم يخرجوا، في الحقيقة، عن الطريقة التي تعتمد النصوص كأساس لدراستهم.

١٥ . مدرسة اوستن

ان الوضعية القانونية تجد لها مظهراً آخر، ربما يكون اكثر وضوحاً من المظهر الذي اخذته مع مدرسة الشرح على المتون الفرنسية (وان كانا متعاصرين تقريباً) في كتابات الفقيه الانكليزي "جون اوستن" (١٧٩٠-١٨٥٩).

فأوستن الذي خضع لتأثير هوبز وبنثام،ربما يكون المنظر الحقيقي، في تلك الفترة، للوضعية القانونيــة. فالقانون بالنسبة لاوستن هو:"قاعدة وضعت لان تحكم كائناً عاقلاً من قبل كائن عاقل يملك سلطة عليه"[١].

وهذا "الكائن العاقل" الذي يضع القاعدة القانونية ويمتلك السلطة هو "صاحب السلطان The soverign" (الحاكم) الذي يمكن ان يكون فرداً او هيئة اي مجموعة افراد[٢].

فالحكام، القابضون على السلطة، يضعون اذن القواعد القانونية اي ان القانون يجد اساسه في ارادة الحكام اصحاب السلطة وبالتالي فلا وجود للقانون إلا في القانون الوضعي. وهذه هي الاطروحة الاساسية للمدرسة الوضعية في القانون.

فالقانون اذن هو أمر موجه من قبل صاحب السلطة (الحاكم) الى اعضاء الفئة الاجتماعية الآخرين.

وفي هذا الصدد يقول اوستن ان "كل قانون وضعي او كل قانون بكل بساطة ودقة، مقام من قبل صاحب السلطة او من قبل هيئة من الاشخاص تملك السلطة على واحد او عدة اعضاء في المجتمع السياسي"[٣].

---

(١) John Austin: Lectures on Jurisprudence: or the Philosophy of positive law. 5th.éd. by Campbell VOL 1. LONDON. Murray .p86.

وقد سبق لهوبز ان قال: " ليس القانون... مجرد نصيحة بل هو أمر، وهو ليس أمراً من اي شخص الى اي شخص آخر،بل هو أمر من شخص مسلم له بالطاعة الى آخر عليه واجب الطاعة".

(HOBBES.Leviathan. LONDON. DENTAL SONS. Part11. chap. XXVI. p140.)

ويعرف بنثام (١٧٤٨-١٨٣٢) القانون بانه "...ارادة خلقها او تبناها صاحب السلطان في الدولة، تتعلق بالسلوك الذي يجب اتباعه في حالة معينة من قبل شخص معين او فئة معينة من الاشخاص".

(ذكره: فردمان، النظرية العامة للقانون، ص ٢١١، هامش ٣).

(٢) ويعرف اوستن "صاحب السلطان" بالشكل التالي:"ان رئيساً انسانياً معيناً ليس من عادته ان يخضع لرئيس مثله، يضمن الطاعة المتادة لمجموع مجتمع معين،وهذا الرئيس بالذات هو صاحب السلطان في هذا المجتمع".

(٣) اوستن: محاضرات في علم القانون، ج١، ص ١٧٧.

إلا ان القاعدة القانونية لا تكون امراً إلا اذا اقترنت بجزاء يوقعه القابضون على السلطة على من يمتنع عن تنفيذها. وهذا ما يعبر عنه اوستن حين يقول: "القوانين بالمعنى الدقيق هي نوع من الاوامر لكن بما انه أمر، فكل قانون بالمعنى الدقيق يصدر عن مصدر محدد... وكل مرة يعبر فيها عن أمر او يوجه مثل هذا الأمر من قبل طرف يعني الرغبة في تنفيذه من قبل الطرف الآخر او امتناعه عن تنفيذه ويتعرض الطرف الثاني لاذى... يوقعه عليه الطرف الاول في حالة عدم اخذ رغبته بعين الاعتبار..."[1].

ينتج مما تقدم ان علم القانون، بالنسبة لاوستن، هو في الحقيقة، علم القانون الوضعي، او ان علم القانون موضوعه الوحيد القواعد القانونية الوضعية. وبهذا الصدد يقول اوستن ان: "علم القانون يتعلق بالقوانين الوضعية او القوانين بالمعنى الدقيق للكلمة وذلك بصرف النظر عن صفتها الجيدة او الرديئة"[2].

وبناءً عليه فانه ليس من اختصاص القانوني ان يكون احكاماً قيمية عن القوانين الوضعية، انما عليه ان يهتم بدراستها كما هي. ولهذا فأن اوستن يفصل بين القانون والاخلاق كما انه لا يعطي "القانون" الطبيعي اية قيمة قانونية[3].

وعليه فان القواعد التي لا تصدر بصورة مباشرة او غير مباشرة عن القابضين على السلطة لا تملك الصفة القانونية، كالقواعد المنظمة للنوادي وقواعد القانون الدولي... الخ.

فمثل هذه القواعد يطلق عليها اوستن اسم "الاخلاق الوضعية" تمييزاً لها عن "القوانين الوضعية". ولما كان الحكام (اصحاب السلطان) هم الذين يضعون القواعد القانونية، فهذا يعني انها تجد اساسها في ارادتهم. واذا كان الامر كذلك فمن الصعب ان يتقيد الحكام بالقانون. نعم قد يتقيد الحكام بالقانون الذي يضعونه، الا انه تقييد اختياري او ذاتي بحيث يمكنهم التخلص منه متى وكيف ما شاؤوا.

---

(١) اوستن: محاضرات في علم القانون، ج١، ص١٧٨.

(٢) اوستن: محاضرات في علم القانون، ج١، ص ١٧٢.

(٣) واذا كانت مدرسة اوستن او المدرسة التحليلية تنطلق من ان القانون هو مجموعة اوامر للسلطة العامة، فان دور القانوني سيقتصر على تحليل نصوصها. وهذا الاتجاه يحدده، في الحقيقة، عاملان: عملي وسياسي.

فالعقلية الانكلوسكسونية العملية تقضي بالاقتصار على ماهو محل ملاحظة وتجنب التأملات فيما يجب ان يكون. وقد كان للاعتبارات السياسية اثرها الكبير في هذا الاتجاه. ففي بلد كانكلترا، في عز الازدهار الاقتصادي وفي فترة تسودها الليبرالية السياسية والاقتصادية، فان القواعد القانونية يجب ان تكون معلومة بالدقة اللازمة وان تكون قليلة العدد. فمن يقدم على مشروع يجب ان يعرف ماهو مباح، كما ان العدد القليل من القوانين يسهل الالمام بها ويوسع في ذات الوقت من مجال النشاط الحر: فكل ما هو ليس ممنوعاً صراحة يكون مباحاً.

وعليه فان منهج اوستن يصبح ضرورياً لهذه المعطيات. فالدعوة، بحجة التفسير، الى تجاوز الصياغة الحرفية لاوامر السلطة معناها اضافة جديدة الى القانون بفضل ايديولوجية شخصية، الأمر الذي يعني زعزعة استقرار مضمون القانون الوضعي ويؤدي حتماً الى اقامة منوعات لم يقضِ بها المشرع. وعندها فان المفسر القانوني سيخلط بين اقرار ما هو كائن وبين الرغبة فيما يجب ان يكون.

كما ان الرغبة في دولة قوية ليست بغائبة عن هذه المدرسة. ولهذا فأنها تنادي بسلطة مطاعة، وتكون هذه السلطة كذلك كلما كانت اوامرها قليلة ومضامينها لا تقبل المناقشة.إلا ان ذلك لا يمنع من نقد القانون. "فمن صفة الشعب المتحضر، ان ينتقد بحرية في ذات الوقت الذي يطيع بكل دقة. فالنقد يخص "التشريع"، بينما القانون النافذ هو كائن مهما كانت الاحكام التي توجه اليه". وقد ميز بنثام بين هذين الأمرين.

(انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٢١-٢٣).

اما المبادئ العليا الاخرى التي قد يخضع الحكام انفسهم لها، فأنها لا تقيدهم من الناحية القانونية مادام اوستن ينزع كل صفة قانونية عن القوانين الالهية او قواعد القانون "الطبيعي".

وقد كان لمذهب اوستن تأثير كبير في التفكير القانوني الانكلوسكسوني. إلا ان لطبيعة النظام القضائي في انكلترا او الولايات المتحدة او الدور الذي تلعبه السابقة القضائية في هذين البلدين اثراً في تحديد مفهوم القانون بحيث لم يعد يعتبر من صنع "صاحب السلطان" كما عند اوستن، بل من صنع القضاء. ويمكن ان نجد مثل هذا الاتجاه واضحاً في كتابات الفقيه الاميركي جون كَري والفقيه الانكليزي جون سالموند.

فالقانون بالنسبة لكَري، كما بالنسبة لاوستن، هو القانون الوضعي ولا يمكن ان يكون غير ذلك. فهو يقول في كتابه "طبيعة ومصادر القانون" ان "القانون ليس بمثل اعلى، هو شيء يوجد في الواقع". إلا ان القانون الوضعي، هو ليس القواعد التي يضعها "صاحب السلطان"، كما عند اوستن، بل ما تقره الهيئات القضائية في الدولة من قواعد على انها القانون. وفي هذا يقول: "لكي تحدد الحقوق والالتزامات فان القضاة يحددون الوقائع الموجودة ويضعون القواعد التي وفقاً لها يستخلصون النتائج القانونية للوقائع. (و) هذه القواعد هي القانون"[1].

وفي هذا توسع، لاشك فيه، لمذهب اوستن. فالقانون لا يمكن، اذن، تحديده مسبقاً انما هو عملية خلق مستمر من قبل القضاء وبالتالي فهو في تطور مستمر ايضاً.

ويذهب الاستاذ سالموند المذهب نفسه في تحديده لمفهوم القانون. فهو يعلن في كتابه "علم القانون" انه "يمكن تعريف القانون كمجموعة من المبادئ معترف بها ومطبقة من قبل الدولة في ادارتها للعدالة. بتعبير آخر، ان القانون يتضمن القواعد المعترف بها من قبل المحاكم والتي تستخدم كاساس لتصرفاتها"[2].

ثانياً- المدرسة الحديثة:

١٦ . نبذة تأريخية

ان المرحلة التأريخية التي كانت تمر بها المانيا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، وهي مرحلة الدولة القومية ذات السيادة، ثم السياسة البسماركية والتقاليد الفلسفية التي تمجد الدولة وعلى رأسها الفلسفة الهيغلية[3]، كل هذا جعل من المانيا ارضاً خصبة لتقبل افكار الفقيه الانكليزي اوستن حول اساس القانون. فالقانون بالنسبة له، اساسه الأمر (أمر "صاحب السلطان") والامر يجب أن يقترن بالاكراه او الارغام (الجزاء).

ذكره: بريمو، الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، ص ٢٦١.

SIR Salmond: Jurisprudence. 7 th éd. LONDON. Sweet and Maxwell. 1924. P.39.

فهيغل (صاحب المنهج الديالكتيكي) الذي كان طموحه تجاوز كل تناقضات، خاصة بين الفرد والدولة وبين القوة والقانون، لم يمنع تفسير مذهبه ... يؤكد هيمنة ارادة الدولة، لان الدولة التي تكون "الكل la Totalité" هي "الفرد ذاته الذي يحقق بذلك كينونته الكونية الحقيقية".

نظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ١٨-١٩).

وقد قبلت هذه الفكرة وطورت في المانيا من قبل كبار القانونيين وعلى رأسهم الفقيه المعروف رودولف فون اهرنك (١٨١٨-١٨٩٢) الذي خصص لها تطويرات مهمة في كتابه "الغاية في القانون Der Zwek im Recht" ليبين ان القانون يعتمد على الارغام وان ممارسة الارغام هو حق مطلق للدولة(١).

وعليه فان الدولة، التي تملك وحدها قوة الارغام، ستكون مصدر القانون. فكل القانون سيكون في "قانون الدولة" اي في القانون الوضعي.

ومن هنا نشأت في المانيا وضعية قانونية اعتمدت اساساً لها الدولة وسلطتها ولذلك اطلق على هذا المظهر من مظاهر الوضعية القانونية اسم "مدرسة الهرشافت école de la Herrscha"(٢).

إلا ان المفكر الذي اعطى هذه المدرسة وجهها الانساني وكل ابعادها بمنطق قل نظيره بحيث اصبحت الوضعية القانونية – على الأقل بالنسبة للفكر القانوني الفرنسي- تقرن باسمه هو الاستاذ ريمو كاره دمالبر Raymond Carré de Malberg (١٨٦١-١٩٣٥) الذي ولد وتوفي في مدينة ستراسبورك التي طالما احبها. كان الاول، عام ١٩٨٠، في "امتحان الاستاذية في القانون". درّس في بعض الجامعات الفرنسية الى ان عادت الالزاس إلى فرنسا، فدرّس بجامعة ستراسبورك اعتباراً من عام ١٩١٩ حتى نهاية حياته الجامعية. تتلمذ على يده، او تأثر بافكاره، عدد من القانونيين الفرنسيين الذين لمعت اسماؤهم في النصف الثاني من القرن العشرين.

ويعتبر كاره دمالبر، مع دكي واوريُو، احد "الثلاثة الكبار" الذين هيمنوا على القانون العام في فرنسا في الربع الاول من القرن العشرين.

لكن، كما لاحظ الاستاذ رنه كابيتا، اذا كان دكي اخلاقياً ملتحفاً بجلابيب علم الاجتماع، واذا كان اوريُو فيلسوفاً يبحث في المؤسسات القانونية عن نواميس او اسرار الحياة الاجتماعية، فان كاره دمالبر بقي بوعي وثبات قانونياً.

وقد كرس كاره دمالبر قرابة العشرين عاماً لكتابة مؤلفه الخالد "اسهام في النظرية العامة للدولة" الذي ظهر جزؤه الاول عام ١٩٢٠ وجزؤه الثاني عام ١٩٢٢. وقد رفض رفضاً قاطعاً اعادة طبع هذا المؤلف النادر. الا انه بمناسبة الذكرى المئوية لولادته اجازت عائلته للمركز القومي للبحث العلمي في فرنسا اعادة طبع هذا الكتاب (فتم ذلك عام ١٩٦٢)، وبالمناسبة نفسها اقامت كلية

---

١) واهرنك هو القائل بان القانون هو "سياسة القوة" وبالتالي فان "فكرة... قانون بدون ارغام هي نار لا تحترق ومشعل لا يضيء". وهذا ما يجعل الفكرة السائدة عن مذهبه هي ان القانون في ارادة الحكام. ويرى الاستاذ باتيفول انه "ليس من المستغرب ان ماركس في مرحلة تطور فكره، قد اعتبر من المسلمات ان القانون هو في ارادة الطبقة المهيمنة. وان رد القانون الى ارادة القوة ستجد تعبيرها المبسط عند نيتشه".
(باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٢٥-٢٦).

٢) وبهذه المدرسة، التي يعتبر اهرنك "الاب الروحي" لها، اقترن اسم كبار كتاب القانون العام في المانيا وعلى رأسهم لاباند (١٨٣٨-١٩١٤) وبالأخص جورج جيلنك (١٨٥١-١٩١١) الذي يعد كتابه الشهير allegemeine staatslehre الصادر عام ١٩٠٠ (والمترجم الى الفرنسية بجزأين تحت عنوان "الدولة الحديثة وقانونها"، (١٩١١-١٩١٣) المرجع الاساس لمعرفة مبادئها التي يمكن تلخيصها كما يلي: الدولة هي مصدر القانون، بمعنى لا وجود للقانون إلا في القواعد التي تصدرها او "تضمنها" الدولة، واذا كان الأمر كذلك، فالعرف لا قيمة قانونية له ما دامت لم تعترف به الدولة. واذا كانت الدولة مصدر القانون، فلا وجود للقانون قبل الدولة وبالتالي لا يمكن ان يعلو عليها. فالدولة لا تخضع اذن للقانون (الذي تضعه) الا بمحض ارادتها حين تتقيد به من تلقاء نفسها اي ذاتياً.

القانون والعلوم السياسية والاقتصادية بجامعة ستراسبورك "ندوة" قدم فيها كبار القانونين الفرنسيين المعاصرين دراسات تناولت اوجهاً مختلفة من "مذهبه" (جُمعت في كتاب نشر عام ١٩٦٦).

وبالإضافة الى "النظرية العامة"، كتب الاستاذ كاره دمالبر عدداً من البحوث والمؤلفات اهمها كتابه الصغير "القانون تعبير عن الارادة العامة" (١٩٣١) حيث نجد فيه خلاصة افكاره او يمثل، كما قيل، "روح كاره دمالبر".

ويعتبر كاره دمالبر، كما يؤكد الاستاذ ايزنمان، الرائد الحقيقي لنظرية "تكوين القانون بدرجات" التي تبنتها مدرسة كلسن وناقشها هو في مؤلف شهير صدر عام ١٩٣٣ بعنوان "مواجهة نظرية تكوين القانون بدرجات مع المؤسسات التي كرسها القانون الوضعي الفرنسي فيما يتعلق بتكوينه".

١٧ . مذهب كاره دمالبر

يؤكد كاره دمالبر ما في نظرية "الهرشافت" أساساً حين يقول: "... علينا... ان نعترف بأن فكرة سلطة الدولة... مقدر لها ان تبقى بالنسبة لعلم القانون العام"[(١)].

ولذلك فان الاستاذ كاره دمالبر حين يختلف مع دعاة النظرية الالمانية، فهو لا يختلف معهم، في الحقيقة، من حيث اسس النظرية، التي يقرها، وانما من حيث اساءة الاستعمال التي تعرضت لها النظرية في المانيا. فهو يقول: "اما فيما يتعلق بالهرشافت... فان ذنب المذهب الالماني لا يكمن في اعتباره هذه السلطة كمعيار قانوني للدولة او كصفتها التي لا يمكن الاستغناء عنها في الواقع: بل هو، في الحقيقة، في اساءة الالمان استعمال نظريتهم عن السلطة، اي في كونهم قد اعتبروا او صاغوا الهرشافت كأداة للفتح اي كوسيلة بيد الشعب الالماني... لاستعباد الشعوب الاخرى"[(٢)].

ويتجلى الوجه الانساني لنظرية الهرشافت عند الاستاذ كاره دمالبر حين يعترف بوجود قواعد اخلاقية تهيمن على الدولة وسلطتها، وهو أمر تجاهله او لم يقره الكتاب الالمان. فهو يقول: "ان ما جعل المفهوم الالماني للهرشافت لا يطـاق،... هو تناسي انصاره وجـود قواعد ذات طبيعة اخلاقية تهيمن... على... سلطة الدولة مهما كانت هذه الاخيرة مطلقة من الناحية القانونية ومهما كانت ضرورية من الناحية السياسية"[(٣)].

ويضيف الاستاذ كاره دمالبر قائلاً: "حين يجد القانوني نفسه مجبراً على اقرار ان القانون الوضعي... يستند الى سلطة الدولة او ان سلطان الحكام يجد اساس شرعيته في النظام القانوني النافذ المفعول، فان هذا لايعني ان خارج هذا النظام، لا يمكن ان يدرك اي نوع من المبادىء المثالية تحكم الشعوب، الحكومات والافراد.

---

١) Carré de Malbreg: Contribution à la Théorie Générale de L'etat .TI. PARIS. Sirey.1920. P.XIX.

٢) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، المرجع السالف الذكر، ص XIX.

٣) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص XIX.

ان مذهب الهرشاهت الالماني يتضمن، بالعكس، ان القانون الوضعي... والقانون الاخلاقي... ايضاً يعتمدان على سلطة الدولة المطلقة. انه لعار لا يمكن غسله بالنسبة لمذهب القانون العام الالماني، حين لم يشر ولم يعترف... بوجود مصدر آخر غير ارادة الدولة... لقواعد السلوك في المجتمعات السياسية"[١].

إلا ان هذا لايعني ان موضوع اهتمام القانوني هو غير القانون. فلحل المشاكل القانونية، على القانوني ان لا يلجأ الى غير القانون الوضعي ليستنبط منه الحلول المطلوبة ويضع جانباً، في عمله هذا، معتقداته الاخلاقية، الدينية والسياسية. فعلم القانون هو علم مستقل وقائم بذاته وبالتالي يجب ان يميز عن الاخلاق او السياسة او الدين. وموضوع علم القانون الوحيد هو القانون الوضعي، اي القانون الذي تضعه الدولة. فخارج الدولة وقبل نشوئها لا وجود لأي نوع من القواعد التي يمكن ان نعطيها الصفة القانونية. "أن القانون... يقول الاستاذ كاره دمالبر، لاحق للدولة، اي انه لا يوجد إلا بوساطة سلطة الدولة بعد ان تكون (الدولة) قد تكونت..."[٢].

لكن متى تتكون الدولة بالنسبة للقانوني او لعلم القانون؟

يجيب الاستاذ كاره دمالبر:"... تكون الدولة قد تكونت من اللحظة التي تملك فيها الجماعةالقومية المستقرة على اقليم معين... هيئات تعبر عن ارادتها وتقيم نظامها القانوني وتفرض... سلطتها الآمرة"[٣].

وبتعبير آخر:"من الناحية القانونية ان الفعل الخالق للدولة... هو ان تجد فئة قومية نفسها مكونة في وحدة جماعية، وذلك حين تبدأ، في لحظة معينة، بان تملك هيئات تريد وتتصرف لحسابها وباسمها. ومن اللحظة التي تنظم فيها الجماعة القومية بهذا الشكل... فأنها تصبح دولة"[٤].

لكن اذا كان تنظيم الجماعة القومية هو اساس تكوين الدولة، فان هذا يفترض وجود قواعد منظمة يكون مجموعها ما اصطلح على تسميته بالدستور. بناءً عليه فان الدولة لا يمكن ان توجد قبل وجود الدستور، بل ان وجودها يفترض اولاً وجود الدستور او على الأقل يتعاصر معه. وهذا ما يؤكده الاستاذ كاره دمالبر حين يقول:"في الواقع اذا كان تنظيم الجماعة القومية هو الفعل الاساس الذي بفضله تجد نفسها قد تكونت كدولة، فيجب ان نستخلص من ذلك ان ولادة الدولة تتعاصر مع اقامة دستورها الاول، مكتوباً كان ام غير مكتوب، اي مع ظهور النظام الاساس الذي اعطى، لاول مرة، الجماعة هيئات تحقق وحدة ارادتها وتجعل منها شخصاً... (وعليه) فأن... وجود الدستور هو الشرط المطلق بل اساس (وجود) الدولة"[٥].

---

(١) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص XX.

(٢) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص ٦١.

(٣) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج٢، ص ٤٩٢.

(٤) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص ٦٢.

(٥) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص ٦٥.

واذا كانت الدولة لا توجد قبل وجود الدستور فان القانون لايوجد قبل وجود الدولة. وسبب ذلك يعود الى ان القانون يفترض التنظيم الاجتماعي، لان هذا التنظيم يستطيع وحده ان يضمن للقانون نجاعته وقوته المرغمة(١).

لكن القانون لا يكون ناجماً الا اذا كانت قواعده مقرونة بالجزاء. وهذا ما يعلنه الاستاذ كاره دمالبر حين يقول ان" القانون، بالمعنى الدقيق للكلمة، يفترض، في الحقيقة، الجزاء عن طريق الارغام "(٢).

إلا ان الدولة وحدها هي التي يمكنها ان توقع الجزاء، لأنها وحدها تملك قوة الارغام او السلطة:" ان ما يميز الدولة عن كل الفئات الأخرى، يقول الاستاذ كاره دمالبر، هو السلطة التي تمتلكها. هذه السلطة التي هي وحدها جديرة بها وقد ميزت بكفاية حين وصفت بسلطة الدولة والتي يطلق عليها في المصطلح المكرس تقليدياً في فرنسا اسم السيادة"(٣).

بناءً عليه، فان القانون لا يمكن ان يوجد الا بوساطة الدولة، بهذا المعنى ان الدولة وحدها هي التي تخلق القانون(٤).

"... ان القاعدة القانونية، يقول الاستاذ كاره دمالبر، تتميز بجزائها ذي الطبيعة المادية وبالقوة الخاصة التي تأخذها من هذا الجزاء فيما يتعلق بتنفيذها. لكن الدولة في الازمنة الحديثة... تملك وحدها سلطة منح القواعد... التي تحكم سلوك وعلاقات البشر هذه القوة المنفذة الخاصة. من هنا تأتي العلاقة الحتمية... بين القانون وسلطة الدولة. وبهذا المعنى ايضاً استطعنا القول بان الدولة تخلق القانون"(٥).

ولما كان القانون، كل القانون، في الدولة فيترتب على هذا انه لا يمكن ادراك اي قانون سابق على وجود الدولة او ماوراء سلطة الدولة.

وهذا ما يؤكده الاستاذ كاره دمالبر حين يقول:"... ان القانوني – حين يضع نفسه على صعيد علم القانون فقط – لا يستطيع ان يبحث عن مصدر القانون "الوضعي" فيما وراء سلطة وارادة الدولة. الا ان هذا لا يعنى انه قبل قانون الدولة... لا يمكن ان ندرك او لا يوجد اي مبدأ يمكن ان يكون قاعدة لسلوك الافراد او المجتمعات،لكن هذا يعني ان القاعدة التي قبلتها واقامتها الدولة تكون وحدها القاعدة القانونية بالمعنى الدقيق (للكلمة)"(٦).

ويطور الاستاذ كاره دمالبر هذه الفكرة فيقول:"... في نطاق الوقائع الاجتماعية لا يمكن ان يوجد قانون بالمعنى الدقيق سابق على قانون الدولة... لأن من جوهر القاعدة القانونية ان تكون مجازاة بوسائل ارغام مباشرة اي بوسائل بشرية. فالقانون يفترض اذن بالضرورة سلطة عامة قادرة على ارغام الافراد باتباع الاوامر التي... تصدرها. ومن هنا ايضاً يظهر بوضوح بأنه لا

---

(١) انظر: كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص ٥٦.

(٢) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج٢، ص ١٦٠ هامش٩، وانظر كذلك: ج١، ص٢١١.

(٣) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص ٩.

(٤) انظر: كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج ٢، ص ١٦١ في الهامش.

(٥) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص ٢٣٩.

(٦) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص ٢٣٩-٢٤٠.

يمكن ان ندرك في عالم القانون إلا القانون الوضعي. ففكرة "القانون الطبيعي" ليست بفكرة قانونية"(١).

وبخصوص "القانون الطبيعي" الذي تنكره الوضعية القانونية يكتب الاستاذ كاره دمالبر فيقول: "... فهذا التعبير الاخير يتضمن بوضوح تناقضاً في الالفاظ: فالقاعدة التي تجد اساسها في النظام الطبيعي للاشياء، لايمكن ان توصف بانها قاعدة قانونية ما دامت لم تدخل في النظام القانوني النافذ المفعول، وبالعكس فانه لا يمكن ان نصفها بانها قاعدة طبيعية منذ اللحظة التي اصبحت فيها قاعدة قانونية. وهذا ما يعترف به ضمناً منظرو القانون الطبيعي انفسهم حين يطلقون على القانون النافذ المفعول اسم القانون الوضعي. وهذه التسمية تشير بوضوح الى ان هذا النوع الاخير من القواعد هو وحده الذي تتوافر فيه الشروط التي يتوقف عليها ايجاد قانون ناجع وحقيقي: وهي تظهر في الوقت نفسه بانه من اللامنطق تماماً ان يراد جمع نوعين من القواعد تعودان الى صنفين متميزين تماماً في فكرة وتسمية واحدة هي القانون"(٢).

ينتج من كل ما تقدم ان القانون هو، كما يقول الاستاذ كاره دمالبر: "... مجموعة القواعد المفروضة على الافراد المقيمين على اقليم محدد من قبل سلطة عليا قادرة على ان تأمر بوساطة ارغام لا يقاوم... (و) هذه السلطة المهيمنة لا توجد إلا في الدولة... (بل) هي بالضبط سلطة الدولة. وعليه... فان القانون بالمعنى الدقيق لا يمكن ان يدرك إلا في الدولة بعد ان تكون قد تكونت"(٣).

١٨ . الوضعية القانونية عند كاره دمالبر

عرضنا في البند السابق "مذهب" كاره دمالبر باعتباره يمثل، ربما خير تمثيل، المدرسة الحديثة للوضعية القانونية.

غير ان الاستاذ كاره دمالبر لا يحبذ، على ما يظهر، ان يقرن اسمه، بشكل او بآخر، بالوضعية القانونية. فهو يفضل ان يقال عنه انه صاحب "طريقة" او منهج وضعي وليس صاحب مذهب وضعي في القانون.

ولكن علينا ان نوضح انه بالاضافة الى ما عرضناه من طروحاته القانونية، فان موقف الاستاذ كاره دمالبر من القانون ومن القانون الوضعي بالذات يشكل في الحقيقة مذهباً، متكاملاً ومنطقياً في بنائه، من مذاهب الوضعية القانونية ان لم يكن ابرزها.

فمهما اختلفت الآراء والاتجاهات، ضمن التصور الوضعي للقانون، فان الاجماع يمكن ان ينعقد على ان الوضعية القانونية تتميز بمسلمتين اساسيتين: ان القانون يساوي القانون الوضعي، وان القانون الوضعي (القاعدة القانونية) هو القانون الذي يضمن او يقرن بجزاء.

---

(١) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص ٥٧-٥٨ في الهامش.

(٢) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص ٢٣٩.

(٣) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج ٢، ص ٤٩٠.

ولا نعتقد ان كل ما كتبه ودافع عنه الفقيه الكبير يخالف هذه الحقيقة او هذا التوجه. عندها يطرح السؤال الآتي: لم هذه الرغبة، إذن، عند الاستاذ كاره دمالبر في الابتعاد عن "مذهب" الوضعية القانونية وتمسكه بالمنهج او الطريقة فقط؟ في نظرنا المتواضع ان اسباباً شخصية دعت هذا المفكر القانوني لأن يتخذ هذا الموقف بسبب ما وجه اليه من انتقاد بأنه لا يعير القواعد الاخلاقية الاهمية التي تستحق في مذهبه، وان موقفه ازاء القانون الوضعي هو موقف المستسلم، بعيداً عن كل نقد او تقييم، الأمر الذي ولد عنده حساسية تجاه مذهبيته الوضعية.

ويكفي للتدليل على ذلك ان نشير الى الامور التالية.

ففي "الخليط" الذي قدم تكريماً للاستاذ كاره دمالبر، كتب الاستاذ مارسيل فالين مقالاً فند فيه العلاقة المزعومة بين الوضعية الفلسفية والوضعية القانونية، قائلاً: ان من يكن "وضعياً" من الناحية الفلسفية لا يمكن، منطقياً، إلا ان يكون وضعياً من الناحية القانونية. إلا ان العكس غير صحيح: فمن الممكن ان نكون مؤمنين حقاً وفي ذات الوقت وضعيين من الناحية القانونية. وقد دافع عن الاستاذ كاره دمالبر في هذين الميدانين: ميدان العلم (علم القانون) وميدان الايمان (الاخلاق او الدين).

وقد وجه الاستاذ كاره دمالبر، بمناسبة هذا المقال، رسالة (غير منشورة) الى الاستاذ فالين، نذكر اهم ما جاء فيها لاهميتها بالنسبة لتأريخ الفكر القانوني ولانها تلخص وبوضوح موقف كاره دمالبر من الوضعية القانونية او تلقي ضوءاً على الوضعية القانونية عند كاره دمالبر.

يقول الفقيه الكبير في رسالته: "يظهر لي انه لايمكن مطلقاً، في الواقع، ان يكون هناك توضيح اكثر مما قمتَ به، لما وصف، ليس بدون ازدراء، بانه "وضعيتي القانونية"، "طريقتي"، بانها لا تتضمن بأي حال من الاحوال تجاهلاً لقواعد، غير السنة القانونية، ذات جوهر فريد ويسمو على تلك التي نعطيها اسم القانون. وكم من مرة وجه اللوم لي لتمسكي بالدولة ولأني تجرأت على الاعلان بان القاعدة القانونية تجد مصدرها في ارادة سلطة الدولة. وقد ادركتَ كم كلفني... طرح مثل هذه التأكيدات التي ظهرت لي بانها وحدها تنسجم مع اقرار حقائق لا نزاع فيها. انك، زميلي العزيز، ابعدت، دفعة واحدة كل هذه الهجمات حين ازلت الالتباس الذي تستند اليه وفي ذات الوقت... ارحت ضميري عندما ايدتني وفهمتني تماماً. وكما قلتَ في عبارات موفقة انه يمكن ان تكون قانونياً دون ان تكون لا اخلاقياً. فما يريده... القانوني هو ان لا يمتزج العلم، الذي من واجبه ان يستخلص عناصره المميزة بآخر حتى اذا كانت عناصره تعود إلى نظام اكثر سمواً.

ان ميدان القانون يتطابق مع ميدان الارغام المنظم من قبل المشرع والذي يحققه القاضي، الوكلاء التنفيذيون والشرطة اخيراً، انه ميدان الاوامر البشرية، ان القيمة الاخلاقية لهذه الاوامر تعتمد على قيم الحكام الذين يقيمونها او بالاحرى تعتمد على قيم الشعوب التي منها تنبثق الحكومات"[1].

---

(1) Cf. Relation des Journées d'études en L'honneur de Carré de Malberg. PARIS. Dalloz. 1966.PP.35 - 36.

بناءً عليه فليس من الدقة بمكان ما قاله البعض من ان "الوضعية القانونية، كما رآها كاره دمالبر هي طريقة وليست مذهباً،... وحين لا تكون الوضعية القانونية مذهباً بل طريقة، فلا شيء يحول، عندها، دون ان ينتقد من هو وضعي، القانون"[١].

إلا اننا لسنا بحاجة الى هذا "التفسير" لنؤكد حق، بل ربما واجب، القانوني (وضعياً كان ام غير وضعي) في ان يقيم القانون النافذ. ربما كان الالتباس يكمن في ان الوضعية القانونية او، بعبارة ادق، مذهب الوضعية القانونية ينادي باقرار وتفسير القانون النافذ دون مس او ابداء رأي في قيمته، بمعنى ان الوضعية القانونية تتضمن او تفرض تقديس النص. وهذا غير صحيح.

وحين اكد الاستاذ كاره دمالبر، في كتاباته، المبادئ التي تعلو على الدولة وقانونها،فإنه يكون، بشكل او بآخر، قد حدد موقفاً من القانون الوضعي او مما يجب أن يكون هذا القانون. وموقفه هذا تجلى في تدريسه للقانون.

ويشهد على ذلك الاستاذ بردو، وكان تلميذاً للفقيه الكبير في كلية قانون ستراسبورك،فيقول: "ان كاره دمالبر كان يدرس نظرية "الهرشافت" كوضعي، لكن هذا التدريس طالما هزنا حيث تبان من خلاله مخاطر الاستخدام السياسي لمثل هذه... النظرية. وكان له اسلوب في التقييم بلا كلمات، في الادانة بلا اعلان مسرحي، انها طريقة جد مقنعة بحيث تشعر بان وراء القانون الوضعي الذي دُرس لنا، يوجد شيء آخر... وبعد ان علمنا ما هو القانون النافذ، فان كاره دمالبر قد ترك، مع هذا، في النفس وفي القلب حرصاً ونزعة إلى القانون المثالي وهذا شأن أستاذ كبير"[٢].

٣§- قيمة الوضعية القانونية

١٩ . مزايا الوضعية القانونية

قد يكون من المناسب، في هذا المجال، العودة الى تعريف الوضعية القانونية مستندين في ذلك على مرجعية العميد ربير.

الوضعية القانونية مذهب لا يعترف بأي "قانون" غير القانون الذي تقيمه السلطة السياسية. واذا كان وجود القانون الوضعي لا ينكره أحد، فمعنى هذا انه لا يمكن التسليم بأي "قانون" يعلو على القانون الوضعي (القانون الطبيعي). فقيمة القانون الوضعي تجد اساسها في وجود هذا القانون فقط.

"فالقانون الرديء ملزم كما هي حال القانون الجيد" يقول العميد ربير ويضيف: "عالم الاخلاق وعالم الاجتماع في دراستهما للانسان الذي يعيش في المجتمع يكتشفان سنناً أخرى غير السنن القانونية، والفيلسوف يناقش مشكلة اساس القانون. (و) اذا كان القانوني يأخذ بنظر الاعتبار مثل هذه الدراسات، فأنه لا يستطيع الأخذ بها في تحليله للسنن القانونية. فقط القواعد التي تسنها، او على الاقل تجازيها، السلطة السياسية، تكون قواعد قانونية. فقط هي التي لها القدرة الضرورية

---

(١) انظر: مجموعة الدراسات تكريماً لكاره دمالبر، ص ٤٤-٤٥.

(٢) انظر: مجموعة الدراسات تكريماً لكاره دمالبر، ص ٤٣-٤٤.

لأن تحكم سلوك الافراد في مجتمع منظم.

انه مذهب جد بسيط وجد ليبر الي الذي استطاع ان يحظى بقبول عدد من القانونيين يختلفون، مع هذا، في آرائهم الدينية او السياسية"[1].

فالوضعية القانونية تبعد عن ميدان القانون كل ما هو من ميدان المعتقدات او الايديولوجيات، فحين تفصل بين ما هو كائن وما يجب ان يكون، فهي تميز بين القانون الوضعي كحقيقة كائنة (تقرها الملاحظة المباشرة) وبين الاعتبارات المثالية او الاحكام المسبقة عن القانون. فالقانون هو القانون الوضعي ولا يمكن ان تُنكر عليه هذه الصفة بحجة انه لا يتمشى مع معتقدات وآراء الفرد او الباحث، لأنه لو جاز ذلك لفسح المجال بعدم طاعة القانون وجاز تبرير مختلف القوانين بحجة تطابق ماهو كائن مع ما يجب ان يكون.

والوضعية القانونية حين تنادي بطاعة القانون فهي لا تنكر، في الوقت نفسه، مكنة نقده او تقييمه، انما هذا النقد وهذا التقييم ليس من ميدان القانون بل يعود الى ميدان الاخلاق والسياسة. وهذه الانتقادات يمكن ان تؤدي الى تقييم النظام (القانوني) القائم او الاطاحة به، الا انها تبقى دائماً ابداً بعيدة عن ميدان القانون ويتحمل مسؤوليتها من قام بها.

والوضعية القانونية حين ميزت بين القانون الموجود وبين ما يجب او يمكن ان يكون القانون، فقد ابعدت القانوني عن الدخول في ميدان الاحكام التقييمية والتفضيلات الشخصية. لكن هذا لا يعني ان البحث عن غاية القانون ليس من المسائل المهمة، انما هي لا تعود الى ميدان القانون وبالتالي ليست من اختصاص القانوني بل يهتم بها آخرون: الفلاسفة، علماء الاخلاق والساسة.

وفي مقابل طلب الوضعية القانونية الخضوع للقانون وطاعته، فأنها تحقق في الوقت نفسه صيانة حرية المعتقدات الفلسفية والسياسية والدينية للافراد.

فالقانون يجب ان يفهم ويتبع من غير الرجوع الى هذه المعتقدات، لأنه اذا ادخلنا فلسفة معينة في القانون، فاننا نفرض باسم القانون هذه الفلسفة، الأمر الذي يؤدي الى اكثر من انكار عند الافراد ونكون بذلك قد اضررنا بهيبة القانون وبحرية الفكر في الوقت ذاته.

فالوضعية القانونية، كما يقول انصارها، هي الحصن الضروري للحرية الفردية. ففي ذات الوقت الذي تؤكد فيه سلطة القانون الوضعي الذي يجب ان يطاع كما هو، فأنها تؤكد ايضاً حرية النقد الكاملة: اخضع بدقة وانقد بحرية، يقول بنثام[2].

في الحقيقة، يقول الاستاذ باتيفول ان "القانون... يكتفي بتوافق التصرفات الخارجية مع نصوصه، فبواعث الطاعة لا تهمه كثيراً. وحرية النقد... ستحدث اصلاحات نافعة في ذات الوقت الذي تؤكد فيه القناعات الفردية وبذلك تخدم الصالح العام الذي يتوقف على القيم الفردية"[3].

---

١) ربير: القوى الخلاقة للقانون، ص ٧٤-٧٥.

٢) انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٣٢.

٣) انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٣٣.

فالوضعية القانونية، بخلاف ما قيل عنها، لا تؤدي الى عبادة القانون وتمجيد السلطة القائمة، بل تؤدي الى حرية الفرد وتبعد القانوني عن اغراء المغامرات الفكرية وتحدد له ميداناً يمكن ان يتسم عمله فيه بسمة "العلم".

ان الوضعية القانونية حين استبعدت "القانون الطبيعي" من نطاق بحثها، فهي تكون قد حددت، بصورة دقيقة، نطاق القانون وميزته بوضوح عن الاخلاق واللاهوت. فموضوع دراسة القانوني اصبح القواعد القانونية التي تقام وفق طريقة معينة. وهذا الاهتمام بالناحية الشكلية فيما يتعلق بتحديد او تمييز القواعد القانونية يعني الأخذ بنظر الاعتبار ما يمكن اقراره موضوعياً وملاحظته مباشرة. ومن هنا حصل اقتراب الوضعية القانونية من طريقة البحث في العلوم الطبيعية.

فلم يعد القانون محل مناقشات "فلسفية" او مجرد حذلقية فكرية، بل اصبح طريقة في اقرار ظواهر محسوسة هي الظواهر القانونية. واذا كان العلم لا يقتصر على معرفة القوانين السببية (وموضوع العلوم الطبيعية لم يقتصر بالفعل على ذلك، كما ان العلوم الرياضية لم تنشد ذلك مطلقاً)، فان الوضعية القانونية تكون قد جعلت من القانون علماً، كما لاحظ الاستاذ ميشل فيرالي الذي يقول: "... منذ وقت طويل تعني كلمة علم كل فرع (من فروع المعرفة) يريد، في الواقع الخاص الذي يكرس نفسه له، بلوغ معرفة تمثل نفس الدرجة من الموضوعية التي توصلت اليها العلوم الطبيعية والرياضية. وبهذا المعنى يمكن ان نؤكد، بحق، ان هناك محلاً لعلم القانون وان الوضعية القانونية قد اسهمت على الأقل في تأسيسه"[1].

٢٠. عيوب الوضعية القانونية

إلا ان الوضعية القانونية بالرغم مما قدمته من خدمات لدراسة القانون، وبالرغم مما احتوته من حقائق، لاتخلو من الثغرات، ان لم يكن من التناقضات.

ان "الخطيئة المميتة" للوضعية القانونية هي في عدم توضيحها العلاقة بين الوقائع وبين القانون، اي في عدم توضيحها للعلاقة بين عالمين مختلفين: عالم القانون وعالم الوقائع. فالوضعية القانونية تطرح الوقائع خارج القانون ولا تهتم إلا بدراسة الظواهر القانونية، لكنها لا تبين لنا، بالدقة اللازمة، نشأة هذه الظواهر القانونية وكيفية تمييزها عن الظواهر اللاقانونية. وكل هذا جعل من الوضعية القانونية نظاماً ضيقاً، لايمكن ان يعطي تفسيراً مقنعاً وكافياً لكل المشاكل التي تطرح على علم القانون.

فالوضعية القانونية تقدم على انها "نظام مغلق" مكتف ذاتياً في حل مشاكله دون حاجة الى اللجوء او الاستعانة بأي شيء خارج هذا العالم المغلق. بعبارة أخرى ان الوضعية القانونية تقدم لنا الدولة على انها نظام قانوني لا يحتاج في حياته لان يطلب العون من اي عالم خارج عالمه، فله حياته الخاصة (القانونية) ومشاكله الخاصة التي تحل في اطار هذا النظام وحتى انه يخلق نفسه بنفسه وبالتالي فهو في حالة وجود قانوني ذاتي واكتفاء قانوني ذاتي. وهذا ما يعبر عنه الاستاذ

---

(١) فيرالي: الفكر القانوني، صX.

مارسيل فالين[1] حين يقول: الوضعية القانونية هي "... مفهوم للقانون لا يسلم فيه كمعيار للقيمة القانونية للقاعدة إلا توافقها الشكلي والمادي مع قاعدة أخرى اتخذت كمعيار للقيم القانونية في نظام قانوني معين والتي يطلق عليها القاعدة القانونية الاساسية. وكذلك توافقها مع القواعد الاخرى الصادرة بصورة منتظمة من قبل السلطات، التي تؤهلها هذه القاعدة (الاساسية) والتي هي: دستور... الدولة"[2].

وبما ان الدولة هي التي تضع القواعد القانونية، فهذا يعني ان نشاطها مقيد بالقانون، والا كان الامر كذلك فهي ليست إلا مؤسسة قانونية. ان "الدولة، يقول كاره دمالبر، هي... مؤسسة قانونية... بهذا المعنى ان سلطتها تمارس في اطار نظام قانوني معين... (اي) وفقاً لقواعد معينة"[3]. "فالدولة تفترض بالضرورة... التنظيم، اي انها تفترض سلطة منظمة... (اي) سلطة محكومة بقواعد قانونية، وتمارس وفقاً لاشكال معينة وبوساطة هيئات معينة، وبالتالي فهي مقيدة بالقانون.

ولكون الدولة لا يمكن ان توجد بدون هذا النظام القانوني، ينتج... بانها لا يمكن ان تدرك الا وهي خاضعة فيما يتعلق باستمرارها وعملها... لقاعدة قانونية"[4].

إلا ان هذه القواعد التي تمارس سلطة الدولة وفقاً لها، او هذا النظام القانوني الذي تتحرك من خلاله سلطة الدولة، يتوجه ويهيمن عليه الدستور. وعليه "فأن سلطة الدولة تظهر وكأنها تجد مصدرها في دستور الدولة"[5].

فالدولة، إذن، وفقاً للوضعية القانونية، هي نظام قانوني يتوجه الدستور وهذا الدستور يملك نفس الطبيعة التي تملكها القواعد القانونية (التي يتوجها) والتي يكون مجموعها النظام القانوني. بعبارة أخرى ان الدولة تظهر وكأنها مجموعة هيئات وقواعد قانونية، بحيث ان هذه الهيئات التي تمارس السلطة في الدولة تخضع (حسب مرتبتها) لقواعد محددة يعلو عليها جميعاً الدستور، الذي هو، في الحقيقة، مصدرها.

فالنظام القانوني بغلقه، إن صح التعبير، الدستور الذي يجب ان يكون ذا طبيعة قانونية، لان كل شيء في الدولة يخضع له وينطلق منه، بل يجد فيه اساس قانونيته.

والدستور يمكن ان يكون ذا طبيعة قانونية اذا أقيم وفقاً لدستور سابق الوجود عليه، بحيث يستمد قانونيته من هذا الدستور الذي يلغيه. لكننا لا يمكن ان نقف عند هذا الحد، فلابد من الوصول الى الدستور الاول الذي كان مصدراً لجميع الدساتير اللاحقة.

---

(1) مارسيل فالين Marcel Waline، الذي ولد عام ١٩٠٠، هو من كبار اساتذة القانون العام المعاصرين في فرنسا ومن اشدهم حماساً للوضعية القانونية. كتب في القانون الدستوري وفلسفة القانون، إلا انه اشتهر بالأخص في ميدان القانون الاداري، فتعليقاته المستمرة على احكام مجلس الدولة الفرنسي في "مجلة القانون العام" (الذي هو احد رؤساء تحريرها) وكتابه "المطول في القانون الاداري" (الذي صدرت طبعته التاسعة عام ١٩٦٣) جعلت منه مرجعاً وثقة في القانون الاداري، ومن كتبه ايضاً كتابه المعروف عن "المذهب الفردي والقانون" (طبعة ثانية عام ١٩٤٩). وقد عين فالين عضواً في المجلس الدستوري بفرنسا عام ١٩٦٢.

(2) M.Waline. Défense du Positivitisme Juridique. Arch. Philo du droit. No1- 2. 1939. P.83

(3) كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج ١، ص ١٩٨.

(4) كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج ١، ص ٢٢٩.

(5) كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج ١، ص ١٩٦.

إلا ان هذا الدستور، كما يعترف الاستاذ كاره دمالبر، ليس إلا "واقعة محضة غير قابلة لأي تكييف قانوني"، بمعنى انه لا يتمتع بالصفة القانونية.

"... نشأة الدولة... تتم في اللحظة التي تملك فيها دستورها الاول. (و) هذا الدستور الاصلي، كالدولة... التي ينشئها، ليس إلا واقعة محضة غير قابلة لأي تكييف قانوني: فاقامته لا يحكمها، في الحقيقة، اي نظام قانوني سابق الوجود على هذه الدولة. وعليه فمن الخطأ... الاعتقاد بان القانون هو في اساس الدولة ودساتيرها"[1].

وعليه اذا كان رأس السلسلة الدستورية او بدايتها واقعة محضة غير محكومة بالقانون، فان كل الدساتير الاخرى لن تملك الصفة القانونية وبالتالي لا يمكن ان تكون معياراً للقيم القانونية في الدولة. وبناءً عليه فان اي تصرف او نشاط يتم في الدولة لا يمكن ان يحكمه القانون، لأن كل هذه النشاطات والتصرفات تجد، وفق منطق المذهب الوضعي، اساسها في الدستور الذي هو مجرد واقعة محضة.

نعم ان الدستور يمكن ان يكتسب قيمة خاصة نظراً لدوره المهم في تنظيم الدولة، إلا ان هذا لا يعطيه اية قيمة قانونية. بعبارة اخرى ان اهمية الدستور التنظيمية لا يمكن ان تعطيه طبيعة قانونية.

حقيقة ان الاستاذ كاره دمالبر يقول ان ليس على القانوني ان يذهب الى ماوراء الدستور الاولي الذي تمت معه نشأة الدولة، إلا انه يعترف في الوقت نفسه ان هذا الدستور هو الذي نظم الجماعة القومية بحيث جعل منها دولة من الناحية القانونية[2].

لكن ما دام هذا الدستور الاولي هو واقعة محضة، فأنه لا يمكن، بأي حال، ولمجرد انه ينظم الجماعة ان يسبغ على ارادتها قيمة قانونية لا يتمتع هو بها. فالدستور الاولي، كالدولة التي ينجبها، يبقى اذن واقعة غير محكومة بالقانون. بناءً عليه فان الدولة لا يمكن ان تكون شخصاً قانونياً، بل مجرد تمييز بين حكام ومحكومين، أي ظاهرة تأريخية او ظاهرة قوة. فالدستور (والدولة التي يخلقها) لا يمكن، إذن، ان يكون سبب القانون او مصدره لأنه هو نفسه غير محكوم بالقانون. فالدولة (والدستور) التي هي سبب القانون يجب ان تكون مسببة بالقانون ايضاً.

وعليه فان من باب ابعاد المشكلة وليس حلها القول مع الاستاذ كاره دمالبر ان ليس على القانوني ان يبحث في اساس الدولة، وانما عليه ان يهتم بالدولة بعد ان تكون قد تكونت، فمن هذه اللحظة يستطيع ان يبدأ دراسته للدولة وان يحلل دستورها وطبيعتها القانونية"[3].

لكن من اين اتت هذه "الطبيعة القانونية" للدولة ولدستورها؟ ان الاستاذ كاره دماليريفترض او يؤكد هذا دون ان يثبته. حقاً انه يقول: ان "الحالة الفعلية" التي وجدت منذ التنظيم الاولي للجماعة (الدولة) تكون قد تحولت بفعل تكريسها الدستوري الدائم والمستمر الى "حالة قانونية"[4].

---

(١) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج ١، ص٦٦، وقارن ج ٢، ص ٤٩٠ وما بعدها.

(٢) انظر: كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج ١، ص ١٩٦.

(٣) انظر: كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج٢، ص٤٩١ هامش٥، وقارن ج١، ص٦٢ هامش٨.

(٤) انظر: كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج ٢، ص ٤٩١ هامش ٥.

لكن التنظيم الدستوري او وجود الدستور لا يمكن ان يغير وضع الدولة من مجرد واقعة محضة الى وضع قانوني، لان الدستور الاولي لا يملك هذه الطبيعة القانونية. فالدولة، اذن، بمجرد تكوينها لا يمكن ان تقيم نظاماً قانونياً، لان هذا النظام القانوني يجب ان يستمد اساسه من معيار القيم القانونية وهو الدستور الذي يجب ان يكون ذا طبيعة قانونية، وهو أمر يخالف او يناقض الفرضية التي انطلق منها الاستاذ كاره دمالبر.

٢١ . دفاع مارسيل فالين

ولهذا السبب قام الاستاذ مارسيل فالين بمحاولة لاثبات قانونية الدستور مدركاً ان مصير الوضعية القانونية بل منطقها ونظامها يتوقف على ذلك.

فبالنسبة لهذا الكاتب يستمد الدستور قيمته او طبيعته القانونية من كونه اساس الدولة التي تشعر جماعة من البشر بالاخلاص نحوها، فالاخلاص نحو الدولة والتعلق بها يجعلنا نقبل الدستور كأساس للنظام القانوني. وبناءً عليه فأننا يقول الاستاذ فالين "نقبل من اجل حب الامة ان نعترف بالقيمة القانونية – وليس السياسية – للدستور". فالدستور يستمد إذن قيمته القانونية من موافقة المواطنين عليه[١].

إلا ان هذا الحل المقترح لاثبات قانونية الدستور يناقض، في الحقيقة، ما قاله الاستاذ فالين نفسه في تصوير الوضعية القانونية. فقد رأينا[٢]، ان الوضعية القانونية تسلم بان كل قاعدة من القواعد المكونة للنظام القانوني تستمد قانونيتها من توافقها مع القاعدة او القواعد التي تعلوها في التدرج الهرمي للنظام القانوني. هذا يعني ان اية قاعدة قانونية في الدولة يجب ان تستمد قانونيتها من النظام القانوني المكون للدولة. فمن التناقض، اذن، ان نجعل مصدر قانونية القاعدة الاساسية للدولة، اي الدستور، خارج النظام القانوني. فالدستور لن يستمد قانونيته من قواعد قانونية يتضمنها النظام القانوني، وانما من موافقة الافراد عليه، وهي موافقة اضطروا لها في الغالب، لأن "حبهم" للأمة هو الذي دعاهم لاعطاء مثل هذه الموافقة. فمصدر قانونية الدستور سيكون في واقعة خارج النظام القانوني وغير محكوم به: وهو رضاء المواطنين. إلا ان مصدر القاعدة القانونية لا يمكن ان يكون في ردود الافعال التي تحدث عند جماهير الافراد اي في شعور المواطنين (اخلاصهم للدولة وحبهم للأمة)، بل في النظام القانوني نفسه كما يقضي بذلك منطق الوضعية القانونية. وعليه فالقول بان الدستور ينال قانونيته من موافقة الافراد عليه او عدم عصيانهم له، لا يعني شيئاً من الناحية القانونية. فما دام النظام القانوني يسوده منطق واحد (وهو ان القاعدة الدنيا تستمد قانونيتها وقوتها الملزمة من القاعدة التي تعلوها وهكذا) فان هذا المنطق سيعاب اذا كانت القاعدة او مجموعة القواعد التي تحتل قمته لا يحكمها هذا المنطق اي لا تستمد قانونيتها من قاعدة او قواعد اخرى تعلو عليها. حقاً ان موافقة المواطنين (الصريحة او الضمنية) على الدستور تكسب النظام السياسي الذي يقيمه قوة وذلك باسباغ الشرعية عليه. لكن

(١) انظر: فالين، دفاع عن الوضعية القانونية، المقال السالف الذكر، ص ٩٠-٩١.

(٢) انظر: اعلاه، بند ٢٠.

هذه الموافقة الجماهيرية لا تسبغ القانونية على الدستور. ففكرة الشرعية هي فكرة سياسية (لانها تتعلق بموافقة المواطنين على طريقة ممارسة السلطة) وبالتالي فهي بعيدة عن فكرة القانونية[1]. وعالم السياسة اي عالم ماهو كائن هو غير عالم القانون اي عالم ما يجب ان يكون. وعليه فان موافقة الجماهير على الدستور (اذا افترضنا وجود مثل هذه الموافقة) ليست إلا واقعة سياسية.

والواقعة، بحكم منطق الوضعية القانونية، لا تنجب القانون وبالتالي فليس لها اثر في اسباغ القانونية على القاعدة او مجموعة القواعد موضوع الموافقة الجماهيرية.

وبناء عليه فان القواعد القانونية في الدولة لا يمكن ان تستمد قانونيتها من الدستور، وهذا يناقض منطلقات الوضعية القانونية.

٢٢. موقف الوضعية القانونية الجديدة

حاول الاستاذ إيرو في اطروحته للدكتوراه الموسومة "النظام القانوني والسلطة الاصلية" والمقدمة عام ١٩٤٥ لكلية القانون بجامعة تولوز في فرنسا، ان ينقذ الوضعية القانونية مما يعتريها من عقم ان لم يكن من تناقض. ولهذا السبب فأنه يمكن ان نطلق على آرائه حول السلطة والقانون اسم "الوضعية القانونية الجديدة".

يقول الاستاذ إيرو ان السلطة العليا التي تشرع وتحدد الاختصاصات اي التي تقيم الدستور هي سلطة ناجعة (لها الهيمنة في المجتمع) ولو لم تكن كذلك لما استطاعت ان تشرع وتحدد الاختصاصات، وبما انها سلطة ناجعة فهي سلطة قانونية. وعليه فأن قانونية السلطة المؤسسة (التي تقيم الدستور) تتأتى "...من قوتها المادية وليس من قاعدة عليا..."[2]. بتعبير آخر ان هذه السلطة المؤسسة التي هي أقوى سلطة في المجتمع (بحيث تستطيع ان تفرض ارادتها على الكل) هي لهذا السبب سلطة قانونية. ولهذا يعلن الاستاذ ايرو: ان هذه السلطة "...ليست بحاجة لكي تكون قانونية الى اي تأهيل او تحديد اختصاص، يكفي (لذلك) ان تسود فعلياً في وسط اجتماعي معين"[3].

بناءً عليه اذا كانت السلطة المؤسسة سلطة قانونية لانها سلطة ناجعة، فيترتب على هذا ان ما تقيمه من قواعد (الدستور) تتمتع بالصفة القانونية، وان السلطة التي تمارس وفقاً لهذه القواعد هي سلطة قانونية ايضاً.

إلا ان القول، مع الاستاذ ايرو، بان السلطة العليا هي سلطة قانونية لأنها سلطة ناجعة، هو مجرد تأكيد مجاني لا تدعمه الوقائع. فالسلطة العليا (السلطة المؤسسة) هي سلطة ناجعة، لانها تضمن (بما تمتلكه من وسائل الاكراه او الارغام) احترام مجموع القواعد القانونية في المجتمع بتدخلها المحتمل في حالة خرق هذه القواعد، كما ان القابضين على السلطة يحكمون بوساطة

---

(١) حول فكرة الشرعية، انظر: منذر الشاوي، القانون الدستوري، ج ١ (نظرية الدولة) منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨١، ص ٦٦ وما بعدها. والدولة الديموقراطية (الفكرة الديموقراطية)، المرجع السالف الذكر، ص ١٥ ومابعدها.

(٢) G.Héraud. L'ordre Juridique et le Pouvoir Originaire. PARIS. Sirey. 1946. P.143.

(٣) ايرو: النظام القانوني والسلطة الاصلية، ص ٤٥٨.

القواعد القانونية. فهناك اذن حتماً علاقة اكيدة بين السلطة وبين القانون. لكن من هذه العلاقة بين السلطة والقانون لايمكن القول بأن السلطة لها طبيعة قانونية. فالسلطة (السلطة العليا) تقع في الحقيقة، في عالم الوقائع اي خارجاً عن عالم ما يجب ان يكون او عالم القانون. وعليه فان فكرة النجاعة هي فكرة تعود لعالم الوقائع (خارج عالم القانون) بحيث انها الصفة التي يجب ان تمتلكها السلطة لكي تسود في فئة اجتماعية معينة. بناءً عليه فإن السلطة ونجاعتها هي ظواهر فعلية (لانها تعود الى عالم الوقائع) وليست بظواهر قانونية (تخضع في نشاطها للقانون). ولكي نقتنع لنتأمل قليلاً النظام القانوني الذي اقامته السلطة العليا او السلطة المؤسسة. فاذا صعدنا الى قمة هذا النظام القانوني نجد الدستور، واذا تخطينا الدستور فاننا سنخرج من عالم القانون لنكون وجهاً لوجه مع السلطة التي اقامت هذا الدستور. وهذه السلطة ليست إلا ظاهرة قوة، بمعنى اننا سنجد انفسنا امام ظاهرة تمييز بين ضعفاء واقوياء،بين حكام ومحكومين، وهؤلاء الحكام (القابضون على السلطة) هم الذين اقاموا الدستور.

ولو لم تكن هذه السلطة التي يقبض عليها الحكام سلطة ناجعة لما استطاعت، في الحقيقة، ان تقيم الدستور اي تفرض ارادتها في المجتمع بصدد إقامة نظام قانوني معين، اي بصدد إقامة حياة قانونية معينة للجماعة: حياة سلوكية معينة للافراد في الجماعة. وعليه فان ظاهرة القوة هذه (التمييز بين الحكام والمحكومين) هي بداية الهرم القانوني لكنها تبقى ظاهرة قوة اي ظاهرة فعلية (غير قانونية) بالرغم من اقامة النظام القانوني. فالنجاعة تميز اذن الفئة القابضة على السلطة في المجتمع، فهي ظاهرة لاقانونية (ظاهرة فعلية) وبالتالي لا يمكن ان تسبغ القانونية على السلطة التي تميزها.

في الحقيقة لكي تكون سلطة ما سلطة قانونية،يجب ان تنال هذه الصفة من قاعدة قانونية تعلو عليها، تحدد نشاطها وتعطي هذا النشاط القوة الملزمة. وبهذا المعنى فان المذاهب التي تريد اسباغ القانونية على السلطة حاولت ان تجد مثل هذه القواعد القانونية العليا، سواء انها افترضت وجودها (كما فعل كلزن) أم انها آمنت بوجودها (كما فعل انصار القانون الطبيعي). اما القول بان قانونية السلطة يتوقف على نجاعتها، فهو قول لا يوصلنا الى نتيجة لاننا سنبقى في عالم الوقائع (السلطة ونجاعتها) ولا ندخل عالم القانون.

ولقد ادرك الاستاذ إيرو هذه الحقيقة بعد ثلاث عشرة سنة من مناداته بفكرته الاولى (وذلك في دراسة له نشرت عام ١٩٥٩ في مجلة "ارشيفات فلسفة القانون" تحت عنوان: "حول مفهومين للاختصاص"، انظر: ص ٤١-٤٢) حيث قال بوجود "قاعدة تأهيل ضمنية" تعلو على السلطة المؤسسة.

وهذا الحل مقبول منطقياً (وهو ان قاعدة عليا هي التي تؤهل السلطة المؤسسة لكي تتمتع هذه السلطة وما تضعه من قواعد بالصفة القانونية) لكنه غير واقعي اي يصعب اثباته. فما هي طبيعة هذه "القاعدة" (قاعدة التأهيل)؟

ان هذه "القاعدة" تملك "صفة خاصة وهي ان كل سلطة تقبض على قوة مادية لا تقاوم "تتسلم" صفتها القانونية من "هذه الواقعة"، على حد تعبير الاستاذ إيرو. لكن من اين جاءت هذه "القاعدة" (قاعدة النجاعة كما يسميها الاستاذ إيرو) التي ستسبغ القانونية على السلطة

المؤسسة؟ ان مثل هذه القاعدة لا وجود لها في الحقيقة والواقع، وانما قد افترضها الاستاذ إيرو افتراضاً، ولهذا قلنا ان الحل الذي يقدمه "منطقي" لكنه غير واقعي.

وعليه فان محاولة الاستاذ إيرو تلحق في آخر الأمر بالمذاهب التي، لكي تسبغ القانونية على السلطة المؤسسة (السلطة العليا)، حاولت ان "تجد" او ان تفترض قاعدة تعلو على هذه السلطة المؤسسة لكي يكتمل بها "المنطق القانوني".

بناءً عليه فان "قاعدة التأهيل الضمني" قد افترضها الاستاذ إيرو (فلا وجود موضوعي لها) اي انها مجرد قاعدة ذاتية، تقوم على الافتراض، ويكفي عند ذاك الا نسلم بهذا الافتراض (وهو مجرد افتراض) لتفقد السلطة المؤسسة قانونيتها،وتبقى كما هي دائماً ابداً، سلطة فعلية (لا قانونية) تحيا وتتحرك في عالم السياسة او عالم الوقائع.

٢٣ . الحلقة المفقودة بين المشروعية والشرعية

لا شك ان الاساس الوضعي للقانون، الذي يقوم على ان لا وجود للقانون إلا في مجتمع تحكمه سلطة ويضعه القابضون على السلطة، هو الاساس الوحيد المقبول عقلاً وواقعاً. إلا ان تبرير هذا الاساس الذي قدمه المذهب الوضعي (الذي يرى في الدولة نظاماً قانونياً مغلقاً يتوجه الدستور) ادخله في طريق مسدود، حين عجز عن اثبات قانونية الدستور، وبالتالي قانونية الدولة او "النظام القانوني". فخطيئة الوضعية القانونية هي انها حبست نفسها ضمن منطق معين مفاده ان القانون يخلق القانون وان النظام القانوني لا علاقة له بكل ماهو خارج عنه.

لقد قطعت الوضعية القانونية، في تفسيرها لاساس القانون الوضعي، العلاقة بين عالم القانون وعالم السياسة فجعلت من الدولة نظاماً قانونياً مغلقاً متدرج القواعد القانونية دون ان تعطي تبريراً مقنعاً لهذه القطيعة إلا بتأكيدات دون اثبات. لكن المنهج الوضعي يقضي باقرار الوقائع وفهمها كما هي لا كما يجب ان تكون. فماذا تقول الوقائع بالنسبة للدولة وبالنسبة للقانون او اساس القانون بعبارة ادق؟

ان الدولة ليست، في الحقيقة، الا التمييز بين الحكام والمحكومين وبوجود هذا التمييز تظهر الدولة. ونستطيع القول ان "معادلة السلطة" تتضمن طرفين: الحكام والمحكومين، وان طبيعة العلاقة بين الحكام والمحكومين تقوم اساساً على فكرة الأمر والطاعة. ومهما قيل ويقال فإن التمييز بين الحكام والمحكومين يبقى واقعة اساسية ودائمة وبدونها لا يمكن ادراك الجوانب المختلفة والمعقدة للحياة السياسية والقانونية.

والحكام لا يستطيعون ان يستمروا في الحكم، أو في ممارسة السلطة اذا استندوا فقط الى القوة التي يقبضون عليها. وقد ادركوا هذه الحقيقة منذ زمن، فارادوا عبر التأريخ ان يسلم المحكومون بسلطتهم طوعاً واختياراً اي عن قناعة، لان ذلك يضفي قوة على قوتهم. فسلطة الحكام ستكون اقوى اي اكثر نجاعة وما تضعه من قواعد اكثر احتراماً اذا سلم المحكومون من ذاتهم بهذه السلطة، أي إذا "آمن" المحكومون بسلطة الحكام اي بشرعيتها. لذا فإن مسألة شرعية سلطة الحكام هي اساس وجوهر كل بناء وتنظيم سياسي وقانوني.

واذا كان الحكام يقبضون على السلطة ليمارسوها بتوجيه اوامر ونواهٍ الى باقي اعضاء الفئة الاجتماعية، فان السؤال الذي يطرح هو:

متى تجب طاعة السلطة، اي متى تكون السلطة شرعية وبالتالي تجب طاعتها؟ وللجواب من هذا السؤال نقول: في كل زمان وجدت فكرة او معتقد تسلم بها الاكثرية من الافراد حول مصدر السلطة في المجتمع وحول طريقة ممارسة وانتقال هذه السلطة. وعليه فالسلطة تكون شرعية اذا كان من يمارسها وطريقة ممارستها تتفق والرأي السائد في المجتمع حول ذلك.

واذا كانت السلطة التي يقبض عليها الحكام ويمارسونها شرعية، فمعنى هذا انهم مؤهلون لممارسة السلطة، اي انهم مؤهلون لأن يحكموا. والحكام يحكمون اي يمارسون السلطة عن طريق ما يضعونه من قواعد سلوك ملزمة لاعضاء المجتمع وهي القواعد القانونية. إلا ان الحكام لا يمارسون السلطة بصورة اعتباطية وانما وفق قواعد معينة، وهذه القواعد التي تبين او تحدد طريقة ممارسة السلطة هي ما اصطلح على تسميتها بالدستور.

فالدستور الذي "يؤهل" بهذا المعنى الهيئات المختصة، لوضع قواعد السلوك الملزمة للقيام بعمل او الامتناع عن عمل (القواعد القانونية) هو ذو طبيعة سياسية[1]، لأنه يحدد طريقة ممارسة السلطة التي تجد ترجمتها في القواعد القانونية التي تحكم المجتمع، كما ان قوة الزام هذا الدستور تجد اساسها في شرعية السلطة المطاعة.

لذا فأنه من غير المجدي، ان لم يكن من غير الممكن، ان نجد او نحاول ان نجد تبريراً "قانونياً" للقواعد الدستورية.

وهذا التحليل نجده في طيات دفاع الاستاذ مارسيل فالين عن الوضعية القانونية الذي اراد به اثبات "قانونية" الدستور. افلم يقل بان الاخلاص للدولة والتعلق بها وحب الأمة يجعلنا نقبل الدستور كأساس للنظام القانوني. لكن "الاخلاص للدولة والتعلق بها، وحب الأمة" الا يعني اسباغ الشرعية على سلطة الدولة؟ فاخلاصنا للدولة اي لسلطتها وحبنا للأمة التي تمارس فيها هذه السلطة، معناه ان هذه السلطة شرعية، ولا يمكن ان يكون الأمر غير ذلك.

وعليه فان شرعية السلطة وشرعية الدستور الذي يترجم طريقة ممارستها تقع خارج النظام القانوني، اي انها في عالم السياسة وليس في عالم القانون، في عالم ما هو كائن وليس في عالم ما يجب ان يكون.

واذا كان الأمر كذلك فإننا نجد الربط بين القانون والوقائع الذي تجاهلته الوضعية القانونية، ومن ثم نجد الحلقة المفقودة بين المشروعية والشرعية.

في الحقيقة، ان ابداء رأي المواطنين في دستور ما، يعني التعبير عن ارادتهم حول طريقة ممارسة السلطة وانتقالها، بمعنى بيان مدى تمشي ممارسة السلطة، بالشكل الذي حدده الدستور، مع فكرة الشرعية السائدة في المجتمع. فرأي المواطنين في الدستور، هو، اذن، نوع من اسباغ الشرعية على سلطة الحكام.

(1) لمزيد من التفصيل حول «الطبيعة السياسية للدستور»، أنظر: منذر الشاوي، القانون الدستوري، المرجع السالف الذكر، ج٢ (نظرية الدستور) ص ١٢٤ وما بعدها.

وعليه يمكن القول بان السلطة التي يقبض عليها الحكام (ويمارسونها) لا تكون شرعية، وبالتالي مطاعة، إلا بقدر ما يكون تنظيمها (واستخدامها) من اجل تحقيق القواعد الاساسية لضمان الحياة الاجتماعية (القانون).

وقاعدة السلوك تكون قانونية وبالتالي ملزمة ومن ثم مشروعة اذا صدرت بصورة مباشرة او غير مباشرة عن سلطة "مؤهلة".

وتكون السلطة مؤهلة اذا كانت شرعية، بمعنى انها تمارس وفق قواعد وافق الافراد عليها. وطريقة ممارسة هذه السلطة تحدد في الغالب في دستور الدولة. فقانونية قاعدة السلوك الاجتماعي تجد اذن اساسها في تأهيل الحكام او القابضين على السلطة لأن يحكموا، وبالتالي في شرعية هذه السلطة ومن ثم تكون الشرعية في اساس المشروعية. وبهذا المعنى يمكن القول ان "دولة القانون" هي "دولة شرعية القانون"، وهي ايضاً "دولة المشروعية".

فالقاعدة توجد وتكون قانونية لمجرد انها "صحيحة". وصحة القاعدة القانونية تعني اقامتها بشكل صحيح من قبل الجهة او الهيئة المختصة في الدولة. فقاعدة السلوك يكفي ان تصدر عن هيئة مختصة (فرداً او جماعة) في الدولة وتتضمن امراً لتكون قانونية اي صحيحة وملزمة للكافة. فصحة القاعدة القانونية تتوقف على تأهيل ارادة واضعها. وهذا التأهيل نصت عليه قاعدة عليا بمقتضاها تتصرف الهيئة. فالقاعدة القانونية تكون وضعية صحيحة وكاملة لمجرد انها تصدر عن سلطة مؤهلة وتستقي هذا التأهيل من سلطة ناجعة. والسلطة الناجعة هي السلطة المطاعة والسلطة المطاعة هي السلطة الشرعية.

إلا ان السلطة يمكن ان تكون ناجعة لا تقاوم في المجتمع ولكنها غير شرعية. فهل تستطيع عندها ان تضع قواعد محددة لسلوك الافراد، اي قواعد ملزمة وبالتالي قانونية؟

ان الوضعية القانونية تجيب بنعم،لأنها تضفي شرطاً آخر لوضعية القاعدة القانونية، وهي ان تكون بالاضافة الى صحتها، مجازاة او مقترنة بالجزاء. هذا يعني ان الجزاء جزء من القاعدة القانونية بحيث لا يمكن ادراك القاعدة القانونية الوضعية بدون جزاء،بل لا وجود للقاعدة من الناحية القانونية إذا لم تقترن بجزاء.

وهذا الاتجاه السلطوي، إن صح التعبير، يجد أصوله التأريخية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر في المانيا التي كانت تمر بمرحلة الدولة القومية ذات السيادة. كما يجد اساسه في السياسة البسماركية وفي التقاليد الفلسفية الالمانية التي تمجد الدولة.

وعليه فان السلطة، وبالذات سلطة الدولة، مهما كانت وبصرف النظر عن شرعيتها، تضع قاعدة السلوك الاجتماعي، وبالتالي القاعدة القانونية لأنها يمكن ان تجازي هذه القاعدة.

إلا انه لايمكن اعتبار الجزاء معياراً للقاعدة القانونية بحيث يكون الشرط الذي لابد منه لاضفاء الصفة القانونية على القاعدة. فالجزاء اي الارغام واجراءات التنفيذ هي، في الحقيقة، عناصر طارئة ومضافة الى القاعدة القانونية ولا تكون بالتالي جزءاً منها بالمعنى الدقيق. فالجزاء وسيلة من وسائل تأكيد "قوة" السلطة يلجأ الحكام اليه متى ارادوا تأكيد نجاعة سلطتهم (وبالتالي نجاعة القواعد القانونية التي يضعونها) ،وليس شرطاً لوجود القاعدة القانونية. فالانسان يحترم القانون انطلاقاً من معتقداته وايمانه بشرعية السلطة بعيداً عن الخوف من الجزاء. فالقانون يحترم لأنه القانون الذي وضعته سلطة شرعية، وبالتالي تكون الشرعية في اساس المشروعية.

الفصل الثاني
السننية القانونية

§١- النظرية المحضة للقانون

٢٤ . نبذة تأريخية

ان تقدم العلوم التجريبية وانتصار البورجوازية الليبرالية في القرن التاسع عشر ادّيا، كما رأينا[1]، الى رد فعل واضح ضد التفكير الميتافيزيقي والى هجر القانون الطبيعي وتبني الوضعية القانونية. إلا ان هذا التطور مهما كان جذرياً فلم يكن كاملاً. حقاً ان القانون لم يعد يعتبر مقولة خالدة ومطلقة، بل ظاهرة تتأثر بتغير الزمان والمكان. لكن بالرغم من هذا فقد تمسك المذهب الوضعي في القانون بفكرة العدالة حين نادى بضرورة تحقيق القانون حداً ادنى من الاخلاقية.

إلا ان نظرية الحد الادنى الاخلاقي ليست، في الحقيقة، إلا صورة هجينة لمذهب القانون الطبيعي. وعليه فان "علم القانون البورجوازي" لم يستخلص كل النتائج التي تضمنتها الفلسفة الوضعية بل سلم بها بشكل متحفظ خاصة حين نادى بالقيمة المطلقة للاخلاق. وبالرغم من ان الغاية من ذلك هو اظهار القيمة النسبية للقانون، إلا ان مجرد التسليم بقيمة مطلقة من شأنه ان يؤثر في مفهوم القانون نفسه.

فالاخلاق كالقانون، لها صفة سننية يعبر عنها في فكرة الواجب. وعليه فالأمر الذي يتضمنه القانون لايمكن ان يكون مجرداً عن كل قيمة اخلاقية (اعمل هذا لأنه جيد اوعادل).

وبناءً عليه فان الوضعية القانونية قد لازمتها مسحة ايديولوجية في القرن التاسع عشر، وهذا ما دعا، في مطلع القرن العشرين، الى ظهور "النظرية المحضة للقانون Théorie Pure du Droit" التي تبغي استبعاد كل عنصر ايديولوجي من القانون وذلك حين تحدد مفهوم السنة القانونية بمعزل عن السنة الاخلاقية ومن ثم تؤكد استقلال القانون عن الاخلاق وتبعد القانوني، وبالتالي علم القانون، عن كل العلوم الأخرى.

وقد وضع اسس هذه النظرية الاستاذ هانز كلسن Hans Kelsen (١٨٨١-١٩٧٣)، الذي ولد في مدينة براغ التي كانت حينذاك جزءاً من الامبراطورية النمساوية. ودرس القانون في جامعة فينا وعين فيها عام ١٩١٧ استاذاً للقانون العام وفلسفة القانون، ثم انغمس في الحياة السياسية

---

(١) انظر: اعلاه بند ١٣.

النمساوية، فكلف بعد الحرب العالمية الاولى، بوضع مشروع دستور للنمسا اصبح، فيما بعد، دستور ١٩٢. الذي عكس مفهوم كلسن للدولة الفيدرالية. وعين عام ١٩٢١ عضواً مقرراً في "المحكمة الدستورية" النمساوية، ودرّس بين عام ١٩٢٩-١٩٣٣ القانون الدولي في جامعة كولونيا وبعد ذلك في "معهد الدراسات الدولية العليا" في جنيف، ثم رحل عام ١٩٤٠ الى الولايات المتحدة الاميركية حيث درّس في جامعة هارفرد ثم في جامعة كاليفورنيا (بركلي) واكتسب الجنسية الاميركية فيما بعد.

لقد تأثر كلسن بفلسفة كانط. الا ان هذا التأثير لم يصل الى حد انعكاس آراء الفيلسوف على القانوني. فقد تأثر كلسن ايضاً بتيارات فكرية اخرى بحيث ان اقتباساته من الفلسفة الكانتية لم تحول دون احتلال الفكر الكلسني موقفاً فريداً واصيلاً في ميدان المعرفة القانونية.

وقد كتب كلسن العديد من المقالات والمؤلفات عن نظرية الدولة وفلسفة القانون والقانون الدولي وهي موزعة بين لغات ثلاثة: الالمانية،الانكليزية،والفرنسية.

ولم يقتصر تأثير كلسن في النمسا فقط (حيث التف حوله عدد من اساتذة القانون الشباب في العشرينيات،الأمر الذي جعل البعض يطلق على مدرسة كلسن اسم المدرسة النمساوية اومدرسة فينا)، بل تعداه الى البلدان الاخرى حيث نجد الاصداء الكلسنية حتى عند اولئك الذين لا يسلمون بالنظرية المحضة للقانون.

٢٥ . معنى النظرية المحضة للقانون

وفي مسعاه الفكري يعود الاستاذ كلسن الى مبدأ الوضعية القانونية: أي اقرار وجود القوانين النافذة دون ابداء اي حكم على قيمة مضمونها.إلا ان هذا لايمنع من التساؤل: ما القانون الذي يكون موضوع دراسة القانوني؟ وهذا السؤال الذي لا يمكن ان تغفله الوضعية القانونية تفرضه حقيقة أخرى وهي ان موضوع المعرفة يجب ان يحدد ويميز عن مواضيع المعرفة الاخرى. ويظهر بوضوح ان القانون يأمر (كالاخلاق) وهذا ما يميزه عن نظام الطبيعة. وهذا "الأمر" يعبر عنه في سُنة وهي "اسناد Imputation" نتيجة الى فعل: اذا وقع الفعل فالنتيجة يجب ان تتبع. إلا ان ما يميز السنن القانونية عن السنن الاجتماعية الأخرى، كالاخلاق، هو ان القانون "نظام سنني يهدف إلى الحث على تصرفات بشرية، بحيث ان التصرفات المخالفة ستكون محل ارغام منظم اجتماعياً"[1].

فالسننية تؤدي اذن الى نظرية محضة للقانون. لأنها عزلت القانون او علم القانون عن علوم الطبيعة وعن الاخلاق وبقية العلوم الاجتماعية.

ويعرف الاستاذ كلسن هذه النظرية فيقول: ان "النظرية المحضة للقانون هي نظرية للقانون الوضعي... بصورة عامة وليست لقانون معين. فهي نظرية عامة للقانون وليست تفسيراً لهذا النظام القانوني او ذاك... وهي تريد ان تبقى نظرية وتقتصر على معرفة موضوعها باستثناء اي موضوع آخر.

---

(1) Kelsen. Théorie Pure du Droit.2e éd. Trad. Eisenmann.1962. P.85.

وتهدف الى تحديد ما هو القانون وكيف يتكون، دون ان تتساءل ماذا يجب ان يكون وكيف يجب ان يتكون. فهي ليست بسياسة قانونية بل علماً للقانون. وحين تعطي نفسها صفة النظرية "المحضة" فهي تشير الى انها تقصد تكوين علم يكون القانون موضوعه الوحيد وتتجاهل كل مالا يستجيب بالضبط لتعريفه. فالمبدأ الاساس، اذن، لطريقتها هو استبعاد كل العناصر الغريبة على علم القانون"[1].

واذا كانت هذه هي اهداف النظرية المحضة للقانون، او علم القانون بالمعنى الدقيق للكلمة. فكيف يدرك كلسن القانون وما هو الاساس الذي يقوم عليه؟

٢§- مذهب هانز كلسن

٢٦ . عالم الطبيعة وعالم القانون

ينطلق كلسن من تمييز اساسي في الفلسفة الكانتية بين عالم الطبيعة او عالم ماهو كائن: "الزاين Sein" وعالم الالزام او عالم ما يحب ان يكون: "الزولن Sollen".

وعالم "الزاين" يحكمه مبدأ السببية،فالطبيعة هي مجموعة ظواهر يرتبط بعضها بالبعض الآخر ارتباط السبب بالنتيجة. بناءً عليه فالقانون الذي يقضي بان المعدن ينصهر حين يوضع على الحرارة يقيم، في الواقع، علاقة بين سبب ونتيجة، او علاقة سببية بين الحرارة وانصهار المعدن. ولهذا فان قوانين الطبيعة لا يمكن ان تخرق لاننا لا نستطيع ان نجعل مما هو كائن ما لايكون.

اما عالم "الزولن" فيحكمه مبدأ "الاسناد Szurechnung". فالعلاقات الاجتماعية بين الافراد تنظمها سنن قانونية آمرة.

وبناءً عليه فالسنة القانونية تقيم علاقة بين فعل غيرمشروع والجزاء الذي يجب ان يتبعه، بحيث ان الجزاء يسند الى العمل غير المشروع بمقتضى السنة القانونية. وهذه القواعد الآمرة لا تفرضها الضرورة، كالقواعد التي تحكم عالم "الزاين" بل يمكن مخالفتها او خرقها دون ان يؤدي ذلك الى انتفاء وجودها. وبناءً عليه فالقاعدة القانونية، كالقانون الذي يحكم الطبيعة، تقيم علاقة بين واقعتين. إلا ان هذه العلاقة بين الواقعتين هي، في قوانين الطبيعة،علاقة يحكمها مبدأ السببية، بينما هي في القواعد القانونية يحكمها مبدأ الاسناد. فحين تؤكد القاعدة القانونية: "اذا ارتكب فرد جريمة، فيجب ان يعاقب"، فلا يعني هذا ان الجريمة سبب للجزاء وان الجزاء نتيجة للجريمة. فالعلاقة التي توجد بين الواقعتين تنتج من سنة تأمر او تجيز سلوكاً معيناً، فالجزاء يتبع العمل غير المشروع لان هناك سنة تأمر او تجيز ايقاع الجزاء في حالة ارتكاب عمل غير مشروع.

وليس الامر كذلك بالنسبة لقوانين "الطبيعة" التي تحكمها علاقة السببية: فالنتيجة لا تتبع السبب لان سنة أمرت او اجازت ذلك، بل ان النتيجة تحدث بدون تدخل اية سنة اقامها الانسان.

حقيقة ان مبدأ السببية كمبدأ الاسناد يقيم علاقة بين شرط ونتيجة، إلا ان طبيعة هذه العلاقة

---

(١) كلسن: النظرية المحضة للقانون، ط ١، ١٩٥٣ ص ١٧.

ليست واحدة في الحالتين. فمبدأ السببية يقول: "اذا تحقق الشرط(أ) فالنتيجة (ب) ستتم، اذا سخن معدن فأنه سينصهر. اما مبدأ الاسناد فيقول: "اذا تحقق الشرط (أ) فالنتيجة (ب) يجب ان تتم، من سرق يجب ان يسجن"[1].

٢٧ . صحة السنة القانونية

وبعد ان ميز كلسن، بوضوح بين "الزاين" و "الزولن" اي بين عالم الوقائع وعالم القانون يبدأ فيحدد عالم القانون او عالم السنن القانونية بتطرقه الى مشكلة وجود السنة او القاعدة القانونية. ومشكلة وجود القاعدة القانونية هي، عند كلسن، مشكلة "صحة Validité" القاعدة او السنة القانونية[2].

فالبحث عن صحة القاعدة القانونية معناه البحث عن وجود القاعدة القانونية. فمتى تكون القاعدة القانونية صحيحة إذن؟

ولحل هذه المشكلة يبدأ كلسن من حيث انتهت الوضعية القانونية.

فقد رأينا[3]، ان الوضعية القانونية هي مفهوم للقانون يتضمن ان القيمة القانونية للقواعد التي تحكم السلوك البشري تتأتى من موافقتها مع القاعدة التي تعلوها وهكذا. إلا ان الوضعية القانونية قد وصلت مع هذا المنطق الى مرحلة تعذر عليها إقامة قانونية الدستور الذي يتوج قمة النظام القانوني.

فهي اما ان تكون قد اكدت (مع كاره دمالبر) قانونية الدستور، لكنها لم تقم الدليل على هذه القانونية، وإما انها حاولت ان تقيم هذه القانونية (مع مارسيل فالين وايرو) لكنها فشلت في ذلك. لهذا نقول ان كلسن قد بدأ مجهوده باقامة صحة القواعد القانونية من حيث انتهت، بدون نجاح الوضعية القانونية في الواقع.

حقيقة ان الدستور يمكن ان يقام وفقاً لدستور سابق الوجود عليه ومن ثم يكتسب صحته او قانونيته من هذا الدستور. لكن اذا تدرجنا في الصعود من دستور لآخر فاننا سنصل الى الدستور الاول الذي لا يستمد صحته من اي دستور آخر.

فالعمل الخالق للدستور الأول لا يمكن ان يفسر على انه تطبيق لسنة قانونية سابقة الوجود عليه، بل هو واقعة محضة. إلا ان صفته القانونية يمكن ان تفترض والنظام القانوني باكمله يمكن ان يقام على فرضية ان الدستور الاول هو مجموعة سنن قانونية صحيحة. وهذا يعني ان العمل الذي اقام الدستور الأول يستمد صفته القانونية من سنة سابقة الوجود عليه بحيث ان الدستور الاول والنظام القانوني الذي ينحدر منه يستمد أن صحتهما من هذه السنة. وهذه السنة التي تسبغ القانونية على الدستور الاول او تعطي قيمة سننية للعمل الذي اقامه،هي ما يسميها كلسن "السنة الاساسية Grundnorm".

---

(١) انظر: كلسن، النظرية المحضة للقانون، ط ١، ١٩٥٣، ص٢٦.

(٢) انظر: كلسن، النظرية المحضة للقانون، ص٣٩.

(٣) انظر: اعلاه، بند ٢٠.

إلا ان هذه "السنة الاساسية" ليست بسنة من سنن القانون الوضعي، لأنها لم تكن قد "وضعت" بل "افترضت" فقط.

وعليه فان صحة كل سنة وضعية كما، يقول كلسن، "... تتوقف على فرضية سنة لا وضعية توجد في اساس النظام السنني الذي تعود اليه السنة الوضعية. فالسنة الاساسية تضفي على عمل اساسي... كإقامة اول دستور لدولة ما، صفة عمل خلاق للسنن"[1].

فالنظرية المحضة للقانون تعطي، اذن، "السنة الاساسية" دور الفرضية الاساسية، لان عليها تتوقف صحة النظام القانوني وبالتالي قانونية كل الاعمال التي تتم في اطاره.

بناءً عليه فان هذه النظرية لا تؤكد صحة السنة الاساسية بل تقتصر على القول بانه اذا افترضنا صحة السنة الاساسية فان اقامة الدستور الاول والاعمال التي تمت وفقاً له يكون لها معنى السنن الصحيحة.

والنظرية المحضة للقانون بلجوئها الى فكرة السنة الاساسية لا تعتقد انها ادخلت طريقة جديدة في علم القانون، فهي تقتصر على ابراز عملية يقوم بها كل قانوني، غالباً بصورة لا شعورية، حين يستبعد القانون الطبيعي كأساس لصحة القانون الوضعي. وفي هذا التصور فان صحة القواعد القانونية لا تتوقف على محتوى هذه القواعد، لان القواعد القانونية يمكن ان تتضمن اي محتوى، فاي سلوك او تصرف بشري يمكن ان يكون موضوع سنة قانونية. وعليه فان صحة مثل هذه السنة لاتتأثر بكون مضمونها لا يتعارض مع قيم او اعتبارات اخلاقية او غيرها. "فالسنة القانونية تكون صحيحة اذا اقيمت وفق اسلوب خاص اي وفق قواعد محددة وطريقة معينة"[2].

وفكرة الصحة تؤثر في ادراك تركيب النظام القانوني باعتباره جهازاً من السنن المتدرجة. وبهذا الصدد يقول كلسن، ان "تعدد السنن يكون وحدة (اي) جهازاً او نظاماً، حين تتوقف صحتها في آخر الأمر على سنة واحدة (و) هذه السنة الاساسية هي المصدر المشترك لصحة جميع السنن التي تعود إلى النظام نفسه والتي تكون وحدتها. فكون سنة تعود الى نظام معين ينتج... عن مكنة جعل صحتها تتوقف على السنة الاساسية"[3].

ويضيف قائلاً: "أن تعليق مختلف السنن التي تكون نظاماً قانونياً على سنة اساسية، معناه انها قد اقيمت وفقاً لهذه السنة. لنأخذ مثلاً الارغام الذي يمارسه فرد على آخرين يحرمه من حريته بايداعه السجن. لماذا يكون هذا الارغام عملاً قانونياً يعود الى نظام قانوني معين؟ لان سنة فردية اصدرتها محكمة قد أمرت به. وهذه السنة نفسها صحيحة لانها اقيمت وفقاً لقانون العقوبات. وصحة قانون العقوبات تنتج بدورها عن دستور الدولة الذي حدد اجراءات سن القوانين وعين الهيئة المختصة (لذلك). واذا اردنا بعد ذلك ان نحدد الى اي شيء تستند صحة الدستور والذي تتوقف عليه صحة القوانين والاعمال القانونية، فمن الممكن ان نصعد الى دستور اكثر قدماً. لكننا سنصل في النهاية الى الدستور الأول الذي اقامه غاصب او اية فئة من الاشخاص. فإرادة المؤسس

---

(١) كلسن، النظرية المحضة للقانون، ص٣٨.

(٢) كلسن، النظرية المحضة للقانون، ص١١٤.

(٣) كلسن، النظرية المحضة للقانون، ص١١٣.

الاول يجب ان تعتبر حينذاك وكأن لها صفة سننية، ومن هذه الفرضية الاساسية يجب ان تنطلق كل دراسة علمية للنظام القانوني"[1].

٢٨ . نجاعة السنة القانونية

إلا ان الصحة هي ليست الصفة الوحيدة المميزة للقاعدة القانونية. فالسنن، بالنسبة لكلسن، لكي تكون قانونية يجب ان تملك صفة أخرى وهي "النجاعة L'éfficacité". وكون السنة ناجعة يعني اطاعتها من قبل غالبية الافراد الخاضعين للنظام القانوني. ولا تتحقق هذه الطاعة إلا لأن السنن تكون مصحوبة بجزاء، فالقانون هو اولاً وقبل كل شيء نظام ارغام.

لكن فكرة النجاعة تعني، بالنسبة لكلسن، نجاعة النظام القانوني باكمله.

"فليس من الضروري ان يكون هناك تطابق مطلق... بين النظام السنني والوقائع التي ينطبق عليها. وحتى يجب ان يكون هناك مكنة لعدم التوافق، وإلا فلن يكون للنظام السنني اي معنى. فلماذا نعطي أمراً لاحد ما اذا استطعنا ان نعرف بانه سيتصرف بالضرورة حسب الاسلوب المراد؟... وعليه فان النظام السنني يفقد صحته حين يتوقف... من ان يكون الى حد ما متطابقاً مع الواقع. فهناك اذن علاقة بين صحة ونجاعة النظام القانوني، فالاولى تتوقف الى حد ما على الثانية"[2].

واذا كانت هناك علاقة ضرورية بين صحة النظام القانوني ونجاعته، فان هذا لا يعني مطلقاً وجود تطابق بين النجاعة والصحة. "فالقانون وان حكم وقائع طبيعية،فانه يتميز... عنها، فهذه لا يمكن ان تكون مطابقة او غير مطابقة لسنة قانونية إلا اذا تميزت عنها... فلكي يكون النظام القانوني... صحيحاً، يجب ان يكون ناجعاً، اي ان تتوافق الوقائع في حدود معينة مع هذا النظام. والنظام القانوني يكون صحيحاً حين تكون سننه قد وضعت وفقاً للدستور الاول الذي يستمد صفته السننية من السنة الاساسية.

إلا ان... السنة الاساسية لا تفترض إلا اذا كان النظام القانوني،الذي اقيم وفقاً للدستور الاول ناجعاً الى حد ما... واذا تكلمنا عن القوة بدل النجاعة... فان العلاقة بين صحة النظام القانوني ونجاعته هي ليست إلا العلاقة بين القانون والقوة. فالقانون لا يمكن ان يستمر دون القوة، لكنه لا يتطابق معها"[3].

---

(١) كلسن، النظرية المحضة للقانون، ص ١١٥.
ومن الجدير بالملاحظة انه وفق هذا التصور للنظرية المحضة للقانون، فان الدولة، بالنسبة للقانوني، ستكون نظاماً من السنن يخلق نفسه بنفسه. واذا كان الأمر كذلك، فان مذهب كلسن يكون قد وجد حلاً لمشكلة ازلية طالما اشغلت الوضعية القانونية وهي: مشكلة خضوع الدولة للقانون.فالدولة، في التصور الكلسني، ستكون النظام القانوني، وهذا الاخير هو الدولة. وعليه فان مشكلة تقييد الدولة بالقانون لا تطرح، بمعنى انها حلت عن طريق استبعادها في الحقيقة، فلم يعد بالامكان بعد الآن طرح السؤال التقليدي: كيف يمكن التوفيق بين خلق القانون من قبل الدولة وخضوع هذه الاخيرة لهذا القانون.
(انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٥٣).
وحول مشكلة تقييد الدولة بالقانون، انظر: منذر الشاوي، في الدولة، بغداد، ١٩٦٥، ص ٩٧ وما بعدها. وكذلك، القانون الدستوري، ج ١ المرجع السالف الذكر، ص ٣١٩ وما بعدها، وايضاً: نظرية السيادة، بغداد، منشورات العدالة، ٢٠٠٢، ص ٦٢ ومابعدها.
(٢) كلسن: النظرية المحضة للقانون، ص ١١٨.
(٣) كلسن: النظرية المحضة للقانون، ص ١١٩-١٢٠.

لكن، "اذا كانت صحة النظام القانوني... تتوقف على نجاعته... فلا ينتج من ذلك ان صحة كل سنة مأخوذة بمفردها تتوقف بنفس الطريقة على نجاعتها، فصحة النظام القانوني تبقى حتى اذا كانت بعض سننه تعوزها النجاعة وهذه الاخيرة تبقى صحيحة اذا كانت مقامة وفق الطريقة التي حددها هذا النظام. فمبدأ النجاعة... لا ينطبق... إذن إلا على نظام قانوني باجمعه وليس على كل واحدة من سننه بصورة منفردة. ومكنة عدم التوافق هذا بين صحة ونجاعة السنة القانونية... تظهر، مرة أخرى، ضرورة التمييز الواضح بين هاتين الفكرتين"[1].

واذا كانت هذه هي اسس مذهب كلسن، فإنه تعرض لنقد انصب على اساس القانون وطبيعته في هذا المذهب.

§٣- نقـد مذهـب كلسن

٢٩ . أساس القانون

ففيما يتعلق باساس القانون، فأن كلسن يقيم هذا الاساس على فرضية "السنة الاساسية". فبالنسبة له ان كل قاعدة في النظام القانوني تستمد صحتها وبالتالي قانونيتها ومن ثم قوة الزامها من القاعدة التي تعلوها. فالقوة الملزمة للقانون لا يستمدها من الخارج بل من القانون نفسه: كل سنة تستمد قانونيتها من السنة التي تعلو عليها وهكذا.

لكن اذا سايرنا تيار الصحة هذا من الاسفل الى الاعلى، فاننا سنصل حتماً الى قمة النظام القانوني: اي دستور الدولة او القاعدة العليا في النظام القانوني التي منها تستمد كل القواعد قانونيتها وبالتالي قوتها الملزمة. لكن من اين تستمد هذه القاعدة صحتها ومن ثم قانونيتها؟ اننا لا يمكن ان نتجنب طرح مثل هذا السؤال ما دامت كل قاعدة، في منظور كلسن، تستمد صحتها من القاعدة التي تعلوها. وكما نعلم بأن الجواب عن هذا السؤال هو: ان الدستور يستمد صحته من سنة تعلو عليه هي "السنة الاساسية".

لكن ما هي هذه السنة الاساسية؟ انها مجرد فرضية اقتضتها ضرورة اعطاء الصحة للنظام القانوني. إلا انه لا يمكن اقامة صحة القواعد المنظمة لسلوك الافراد وبالتالي اساس القانون على مجرد فرضية مهما كانت "منطقية". بعبارة أخرى ان وجود القواعد الوضعية اي صحتها لا يمكن ان يقام على مجرد فرضية غبر موجودة، فالوجود لا يمكن ان يقام على اللاوجود او ان اللاوجود لا يمكن ان يكون اساساً للوجود[2].

---

1) كلسن: النظرية المحضة للقانون، ص ١٢١.

2) وكما لاحظ الاستاذ باتيفول: "ان اللجوء الى السنة الاساسية لا يمكن ان يقدم تفسيراً لفكرة السنة الصحيحة، (لأن) هذه الفرضية تدعو الى التساؤل فيما اذا كنا بحضور سنة ام لا، بينما وجود السنة يعطي الشرعية لهذه الفرضية. وعليه فان الامر يوجب التوصل الى اقرار (وجود) مجموعة من السنن الناجعة... إلا ان هذا الاقرار سيكون في غنى عن فرضية السنة الاساسية لانها لا تضيف اليه اي شيء".
(باتيفول: مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٦٢-٦٣).

حقيقة ان الاستاذ كلسن يقول ان "السنة الاساسية" هي فرضية لا يمكن التحقق منها لكن يجب التسليم بها وبالتالي فهي منطقياً ضرورية، وإلا فكيف نستطيع اقامة صحة النظام القانوني.

لكن، كما لاحظ الاستاذ ميشيل فيرالي، "لا يمكن اقامة فرضية بصورة علمية إلا بقدر ما يمكن ان تكون قابلة لان يتحقق منها بالمشاهدة او التجربة... والحالة ليست كذلك هنا. و"ضرورتها المنطقية" ... لايمكن ان تسعفها بشيء. علينا ان نؤكد بانه لا توجد مطلقاً "ضرورة منطقية" إلا داخل نظام معين للتفكير وليس في العلاقات بين ظواهر موضوعية. ان "السنة الاساسية الفرضية" ليست منطقياً ضرورية لوجود الانظمة القانونية المطبقة فعلاً والتي نقرها بالمشاهدة"[1].

وفرضية "السنة الاساسية" توقع النظرية المحضة في حلقة مفرغة. فلكي نسبغ الصحة على النظام القانوني يجب ان نفترض وجود سنة تعلو عليه ومنها يستمد صحته. فما يبرر اذن الوجود الافتراضي لمثل هذه السنة هو الوجود الفعلي للنظام القانوني. وعليه فان وجود النظام القانوني يفترض وجود "السنة الاساسية" الا ان وجود السنة الاساسية يفترض وجود النظام القانوني: إذن هي حلقة مفرغة يصعب الخروج منها.

٣٠. طبيعة القانون

لكن لو سلمنا جدلاً بفرضية "السنة الاساسية" فعندها يتوقف "وجود" هذه السنة على نجاعة النظام القانوني الذي منها ينحدر. وهذا يعني ان النظام القانوني لا يكون صحيحاً إلا اذا كان ناجعاً[2].

وبناءً عليه، فان طبيعة القانون ستكون مزدوجة: فالقانون ليس صحيحاً فقط ولا هو ناجع فقط، بل هو صحيح وناجع في الوقت نفسه. فكلسن يعطي، اذن، تعريفاً مزدوجاً للقانون حين يعرفه بطريقة خلقه وبطريقة تطبيقه.

فاختيار "السنة الاساسية" يعني تعريف القانون بطريقة خلقه، الا ان هذا الاختيار يتوقف على نجاعة النظام القانوني الذي يجد فيها صحته: أي تعريف القانون بطريقة تطبيقه.

لكن ما نريد ان نعرفه هو: هل القانون هو ما يضعه المشرع، او ان القانون هو القانون المطبق؟ وحين يجيب كلسن بان القانون هو القانون الوضعي والقانون المطبق فعلاً، فهو يخلط، عندها، بين صحة القانون ونجاعته. إلا ان الصحة والنجاعة هما ظاهرتان منفصلتان و مختلفتان تماماً.

فالقاعدة القانونية تكون صحيحة وبالتالي جزءاً من القانون الوضعي او النظام القانوني، لمجرد ان هيئة مختصة وضعتها وفقاً لاجراءات محددة بصورة مسبقة. وصحة القاعدة القانونية (اي كونها جزءاً من القانون الوضعي) لا تتوقف على نجاعتها (اي كونها مطبقة). فالقانون يكون صحيحاً اذا صوت عليه واصدر وفق اشكال واجراءات محددة بصرف النظر عن كونه قد طبق ام لا.

---

[1] رالي: الفكر القانوني، المرجع السالف الذكر، ص X V.

[2] ظر: اعلاه، بند ٣٢.

فمثلاً القانون الصادر في فرنسا عام ١٩١٠ المتعلق بتقاعد العمال والذي لم يطبق، يعتبر جزءاً من القانون الوضعي الفرنسي اي انه صحيح وذو قيمة قانونية على الرغم من عدم تطبيقه.

اما النجاعة فهي مكنة الحكام، القابضين على السلطة، على ارغام المحكومين بإطاعة اوامرهم. فالنجاعة، إذن، تميز السلطة بينما الصحة تميز القانون.

ولما كانت السلطة ظاهرة فعلية (قوة ارغام) فهذا يعني انها من ميدان "الزاين". ولما كان القانون ظاهرة سننية، فهذا يعني انه من ميدان "الزولن". بناءً عليه، فان الصحة هي من ميدان "الزولن"، بينما تكون النجاعة من ميدان "الزاين".

نعم ان هناك علاقة بين النجاعة والصحة، بهذا المعنى ان النجاعة هي ميزة من يملك قوة الارغام وبالتالي يستطيع ان يضمن عن طريق الجزاء القاعدة القانونية[1].

إلا ان هذا لا يعني ان النجاعة هي من طبيعة القانون، بل يكفي، لكي تكون هناك قاعدة قانونية وضعية، ان تكون صحيحة اي انها مقامة وفق قواعد واشكال سابقة الوجود على اقامتها من قبل هيئة مختصة.

أما إذا قلنا ان القانون يجب ان يكون صحيحاً وناجعاً او ان النجاعة هي شرط الصحة، فتكون قد أدخلنا "الزاين" في عالم القانون الذي يدعي كلسن انه اقيم فقط في عالم "الزولن" وبالتالي يزول الفصل بين "الزاين" و "الزولن".

فمن المسلمات الاساسية للنظرية المحضة هو الفصل القاطع بين عالمين، عالم الوقائع وعالم القانون، بين "الزاين" و "الزولن". وهذا الفصل مرده ان كلاً من العالمين يحكمه منطق خاص. فعالم الطبيعة، عالم الزاين، يحكمه مبدأ السببية وبالتالي يخضع للقوانين الطبيعية، اما عالم المجتمع، عالم الزولن، فيحكمه مبدأ الاسناد وبالتالي يخضع للقواعد القانونية.

لكن حين يعتبر كلسن نجاعة القانون (اي تطبيقه الفعلي) شرطاً لصحته، اي ان القانون لا يكون صحيحاً مالم يكن ناجعاً، فمعنى هذا ان السنة الاساسية (التي منها تستمد صحة النظام القانوني) تفرضها الوقائع. فالسنة الاساسية ستكون نتيجة للوقائع بمعنى ان "الزاين" هو الذي يفرضها بحيث ان الصحة ستتوقف على النجاعة اي ان "الزولن" سيتوقف على "الزاين" وبالتالي سينتفي الفصل بينهما.

فما دام كلسن يعطي للقانون صفتي الصحة والنجاعة فهو لا يمكن ان يمنع ظهور الزاين في عالم الزولن. فالقانون سوف لا يكون هو القانون المقام وفق قواعد معينة (بحيث ان القواعد القانونية سترتبط الواحدة بالاخرى وتنجب الواحدة الاخرى) بل ان القانون هو الذي يتطابق مع الوقائع اي القانون الذي يعتد به ويلاحظه الافراد في سلوكهم. ولهذا قلنا ان النجاعة شرط للصحة. فوجود نظام قانوني مطبق يفرض "وجود" سنة اساسية لتسبغ الصحة على هذا النظام.

---

(١) واذا كان مذهب كلسن يجعل من الجزاء جزءاً لا يتجزأ من السنة، وهذا ما تعنيه فكرة "الاسناد"، فان هذه الفكرة ذاتها ستكون محل شك. فالسنة، كما لاحظ الاستاذ باتيفول، "... لكي تؤدي دورها يجب ان تحترم تلقائياً من قبل الغالبية العظمى، فالجزاء يبقى احتمالاً معولاً عليه بان لا يتدخل إلا بأقل ما يمكن: فالقوانين الاكثر نجاعة هي الأقل خرقاً في العادة. فما هو جوهري، إذن، في السنة هو الموضوع الذي يطرحه واضعها من اجل الوصول الى نتيجة معينة، (اما) ان نرى هذا الجوهر في العلاقة بين النص والجزاء، فان ذلك يعني تجاهلاً لصفة ملازمة للنص".
(باتيفول: مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٦٤-٦٥).

وعليه فإننا سنصل الى النتيجة التالية: ان كل ما هو ناجع سيكون بالضرورة صحيحاً، فالنجاعة ستحدد الصحة، واذا كان الأمر كذلك فسيفتقد الفصل بين "الزاين" و "الزولن"، وهذا ما يناقض اساساً مهماً من الاسس التي قامت عليها النظرية المحضة للقانون.

الباب الثاني
الأساس الطبيعي للقانون

٣١. تعريف وخطة

ان فكرة القانون الطبيعي تعني وجود قواعد قانونية اسبق واعلى من القانون الوضعي، خالدة وثابتة، وتصح في الزمان والمكان. ومن هذا التحديد او التعريف الاولي، يظهر ان ما يميز القانون الطبيعي هو الثنائية والموضوعية: فهو لا يدين بوجوده لارادة المشرع (الموضوعية) كما انه قانون مستقل عن القانون الوضعي ويعلو عليه (الثنائية).

واذا كان هذا هو المعنى العام لفكرة القانون الطبيعي، فما هو الاساس الذي تقوم عليه؟ لقد حاول المفكرون والفقهاء منذ زمن بعيد تقديم اساس او تفسير لوجود القانون الطبيعي، فكان الاساس التقليدي للقانون الطبيعي. ثم حاول عدد من الفقهاء في القرن العشرين احياء فكرة القانون الطبيعي فكونت هذه الحركة الاساس الحديث للقانون الطبيعي. كما حاول عدد من المفكرين المعاصرين دراسة ظاهرة القانون الطبيعي.

ولتحديد فكرة القانون الطبيعي يتوجب الوقوف، إذن، عند الاساس التقليدي للقانون الطبيعي، في فصل اول، وعند اساس القانون الطبيعي في الازمنة الحديثة، في فصل ثانٍ، وعند ظاهرة القانون الطبيعي، في فصل ثالث.

الفصل الاول
الأساس التقليدي للقانون الطبيعي

١§- الجذور التاريخية للقانون الطبيعي

أولاً- القانون الطبيعي عند الاغريق والرومان

٣٢. القانون الطبيعي عند الإغريق

كانت نظرة الفلاسفة الاغريق الاوائل (قبل الميلاد بعدة قرون) الى الكون لا تقتصر على اعتباره نتيجة مبادئ، وعناصر او قوى فقط، بل نُسب الى اغلبها معنى اخلاقي وقيمة سننية قانونية تقريباً[١].

اما الكتاب المسرحيون فقد نادوا بوجود قوانين الهية ثابتة وغير مكتوبة، في مقابل القانون الوضعي، قانون المدينة.

وهكذا فان سوفكليس جعل بطلة مسرحية "انتيون" (القرن الخامس قبل الميلاد)، التي دفنت جثمان اخيها، رغم منع الملك ريون، تقول له: "لا،لا، ماكان يجب ان اعتقد ان تكون لاوامرك القوة الكافية ضد قوانين الآلهات غير المكتوبة، قوانين ثابتة، لتضعك، انت الفاني، فوقها.

آه ! انها ليست بنات اليوم ولا الأمس، هذه القوانين.

لقد وجدت وستوجد دائماً ولا احد يستطيع القول متى بدأت (في الوجود)".

ويقول الاستاذ النرويجي كَاستبيرك، اننا نشهد هنا مواجهة بين قواعد وضعية اقامتها السلطات مع سنن عليا نطلق عليها اسم "القانون الطبيعي"[٢].

اما ارسطو (٣٨٤- ٣٢٢ ق. م) فقد ابان القوة الآمرة للقانون الذي ينحدر من الطبيعة والذي يُحس به بنوع من التوقع. ويقابل ارسطو ايضاً بين القانون الطبيعي والقانون المشرع[٣].

وبعد ذلك نجد الرواقيين يسلمون بفكرة "قانون الطبي "Loi de La Nature" الذي يصح بالنسبة لكل الكائنات[٤].

ويرى الاستاذ كَاستبيرك ان المدرسة الفلسفية الرواقية، كانت من اهم المدارس في تأريخ تطور

(١) Cf.R.Hubert: Contribution à l'etude Sociologique des origines de la Notion de droit Naturel. A.P.D. Nos 3- 4. 1933.PP.94- 95.

(٢) Cf. F.Castberg: La Philosophie du Droit. Paris. Pedone. 1970.P.90.

(٣) Cf. Du Pasquier: Introduction à la Théorie générale et à la Philosophie du droit. 3e éd.1948.P.215.

(٤) انظر: ابير، "سوسيولوجية القانون الطبيعي"، المقال السالف الذكر، ص ١٠١.

قانونها وبجزء من قانون يشملهم كما يشمل كل البشر؛ لأن القانون الذي كونه كل شعب بنفسه يصبح خاصاً به ونطلق عليه القانون المدني بالضبط لانه خاص بالمدينة، بالعكس، فان القانون الذي اقامه العقل الطبيعي عند كل البشر هو ايضاً متبع عند كل الشعوب ويدعى قانون الشعوب Jus gentium بالضبط لأن كل الشعوب تلجأ اليه".

والمعروف ان "قانون الشعوب" يحكم العلاقات بين الاجانب او بين هؤلاء والرومان، اما "القانون المدني" فيحكم العلاقات بين المواطنين الرومان فقط.

إلا ان "قانون الشعوب" اصبح مرادفاً، عند الرومان، لـ"القانون الطبيعي". وعليه فالثنائية، التي تميز فكرة القانون الطبيعي،، تصبح حينذاك بين القانون الوضعي المطبق على الرومان (القانون المدني) و"قانون الشعوب" الذي يستمد مضمونه من الاساس المشترك لكل التشريعات. وبمضي الزمن اصبح "قانون الشعوب" مرادفاً للعقل الطبيعي[1].

حقيقة ان الفقهاء الرومان قد ميزوا بين "قانون الشعوب Jus gentium" و "القانون الطبيعي Jus Naturale"، إلا ان المعنى الذي كانوا يعطونه "للقانون الطبيعي" يختلف عن المعنى المتعارف عليه. لنسمع ما يقوله بهذا الصدد الفقيه "الپيا": "القانون الطبيعي هو القانون الذي تعلمه الطبيعة لكل الحيوانات. (و) هذا القانون، في الواقع، ليس خاصاً بالجنس البشري: فهو يشمل كل الحيوانات التي تولد على الارض او في البحر وكذلك الطيور... فكل الكائنات الحية... تعرف هذا القانون (أما) قانون الشعوب فهو ذلك القانون الذي يستخدمه الجنس البشري: فمن السهل ان نرى بماذا يختلف عن القانون الطبيعي، لان هذا الاخير يعم كل الكائنات الحية، بينما ذلك يخص الافراد وحدهم".

وبناءً عليه يظهر من هذا القول للفقيه الپيا ان "القانون الطبيعي" يراد به، في الحقيقة، قانون الظواهر الطبيعية، لا القانون المستمد من العقل والذي يحكم العلاقات البشرية. وهذا ما يؤكده الاستاذ السنهوري حين يقول: "اما قانون الشعوب فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب. وكان الرومان يستمدون من مبادئه القانون الذي يطبق على الاجانب، وهذا هو القانون الطبيعي، بالمعنى المقصود. اما القانون الطبيعي في لغة الرومان فقد كان القانون الذي تخضع له الكائنات الحية من انسان وحيوان"[2].

نعم قد يقال ان الفقهاء الرومان اعتبروا الرق مخالفاً لـ"القانون الطبيعي" بينما يقره "قانون الشعوب". إلا انه بـ "القانون الطبيعي" يراد، في هذا المقام، الشعور بالعدالة. و"العدالةL'acquitas" تعني اصلاً المساواة. فهناك اذن ربط اكيد بين العدالة والقانون الطبيعي.

---

(١) انظر: دباسكييه: المدخل الى النظرية العامة والى فلسفة القانون، ط٣، المرجع السالف الذكر، ص٢١٦.

(٢) عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت: اصول القانون، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٤١، ص ٤١-٤٢.

ثانياً- القانون الطبيعي عند المسلمين

٣٤. طرح المشكلة وخطة

ان دراسة فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين تتميز بالاهمية والصعوبة البالغتين: فأهمية الموضوع تتأتى من ان هذه الفكرة التي وجدت جذورها، بشكل او بآخر، في الفكر الاغريقي والروماني، لايمكن إلا ان تكون محل اهتمام في الفكر الاسلامي[1]. اما الصعوبة فتتأتى من ضرورة استخلاص هذه الفكرة من ثنايا المذاهب والمدارس الفكرية في الاسلام.

ولطرح المشكلة بكل ابعادها وبوضوحها المطلوب، يتوجب العودة والتذكير بما تعنيه فكرة القانون الطبيعي بالمعنى المتعارف عليه في الفكر القانوني.

ومعطيات فكرة القانون الطبيعي تعني وجود قواعد قانونية اسبق واعلى من القانون الوضعي وتصح في الزمان والمكان. فما يميز، إذن، القانون الطبيعي، هو الثنائية بين "قانونين": القانون الطبيعي والقانون الوضعي، بمعنى انه لا يمكن ادراك القانون الطبيعي، إلا في مواجهته مع "القانون الوضعي" واستقلاله عن هذا القانون وعلويته عليه.

إلا ان "القانون الوضعي"، إن صح التعبير، عند المسلمين هو "الشريعة الاسلامية"، او "الشرع" كما يقال.

وقد تناولت نصوص هذه الشريعة معظم العلاقات المهمة في المجتمع اي انها تضمنت تنظيماً عاماً للمجتمع في جوانبه المدنية والسياسية والعقابية.

لذلك فان النظرية الاسلامية السائدة، والتي تمثلها آراء الاشاعرة[2]، ترى ان القاعدة الشرعية (القانونية) هي خطاب الله تعالى المتعلق بافعال المكلفين اي اوامر الله ونواهيه واباحاته[3].

واذا كان القانون هو المأمور به والمنهى عنه (ما كان حسناً وما كان قبيحاً) فان المدرسة الاشعرية ترى ان الحسن ما يأمر به المشرع وان القبيح ما ينهى عنه، وبالتالي فان مصدر القانون هو الشرع (المشرع)، وان الحاكم بالحسن والقبح هو الله. وعليه فان المدرسة الاشعرية لا تعترف بقانون غير القانون الذي وضعه الله، ومن ثمَ فهي تندرج تحت لواء الوضعية القانونية ولا تعترف بالتالي باي قانون طبيعي[4].

وفي مقابل هذا ترى المعتزلة ان الحسن والقبح يدركهما العقل. فالعقل عندهم هو الحاكم بالحسن والقبح وبالتالي فهو مصدر القانون لا الشرع (المشرع). فالمعتزلة تقول، على ما يظهر، بقانون العقل اي بالقانون الطبيعي.

---

(١) ولذلك كان اهتمامنا بها يعود إلى أكثر من ربع قرن، وعملنا على تشجيع احد طلابنا اللامعين، في الدراسات العليا، على الخوض في هذا الميدان. (انظر: د. محمد شريف احمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، بغداد، ١٩٨٠، ص١٠-١١).

(٢) وهم التابعون للشيخ الامام ابي الحسن علي بن اسماعيل الاشعري، المتوفى سنة ٣٣٠ هـ.

(٣) انظر: محمد شريف احمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، المرجع السالف الذكر، ص ١٢.

(٤) جاء في "التوضيح على التنقيح": "وعندنا (الاشعرية) الحاكم بالحسن والقبح هو الله، وهو متعال على ان يحكم عليه غيره، وعن ان يجب عليه شيء، وهو خالق أفعال العباد... جاعل بعضها حسناً وبعضها قبيحاً، له في كل قضية كلية او جزئية حكم معين وقضاء معين واحاطة بظواهرها وبواطنها، وقد وضع فيها ما وضع من خير او شر ومن نفع او ضر ومن حسن او قبح".
(ذكره: عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت، اصول القانون، القاهرة، ١٩٤١، ص٤٣ في الهامش).

وهذا الاتجاه او المنحى العقلي، نجده ايضاً عند ابن رشد، وبهذا المعنى، فهو يأخذ ايضاً بفكرة القانون الطبيعي، إلا ان بناءه الفكري للقانون الطبيعي، اكثر تكاملاً ومنطقاً وشمولية مما هو عند المعتزلة.

بناءً عليه، ولكي نلم بفكرة القانون الطبيعي عند المسلمين بشكل واضح، يتوجب الوقوف على فكرة القانون الطبيعي عند المعتزلة وعند ابن رشد بعد ذلك.

٣٥. القانون الطبيعي عند المعتزلة

تقول المعتزلة ان الحسن والقبح يدركهما العقل، والشرع (المشرع) جاء كاشفاً عما ادركه العقل قبل وروده.

وقد ورد في "ارشاد الفحول" للشوكاني، مايأتي: "اعلم انه لاخلاف في كون الحاكم الشرع بعد البعثة وبلوغ الدعوة. واما قبل ذلك... فقالت المعتزلة انه يتعلق له تعالى حكم بما ادرك العقل فيه صفة حسن او قبح لذاته او لصفته او لوجوه واعتبارات، على اختلاف بينهم في ذلك، قالوا والشرع كاشف عما ادركه العقل قبل وروده...".

وجاء في "التوضيح على التنقيح" : "العقل (عند المعتزلة) حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله تعالى وعلى العباد. اما على الله فلأن الاصلح للعباد واجب على الله بالعقل فيكون تركه حراماً على الله، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكماً بالحسن والقبح ضرورة. واما على العباد فلأن العقل عندهم يوجب الافعال عليهم ويبيحها ويحرمها، من غير ان يحكم الله له فيها بشيء من ذلك".

ويرى الاستاذ السنهوري ان المعتزلة "تقول... بقانون طبيعي مصدره العقل... (فالمعتزلة) تذهب الى ان العقل هو الحاكم بالحسن والقبح. ومعنى ذلك ان مصدر القانون هو العقل لا الشرع... فالمعتزلة تقول إذن بقانون العقل، اي بالقانون الطبيعي، وهو حاكم على الله وعلى العباد.

فالله واجب عليه الاصلح للعباد، والعباد يلجأون الى العقل لمعرفة القانون. وهذا صريح في ان هناك قانوناً طبيعياً يستقل العقل البشري بكشفه ولا حاجة بنا الى مشرع، حتى لو كان هذا المشرع هو الله"[١].

ويرى الدكتور محمد شريف احمد "ان العقل عند المعتزلة ليس سوى آلة لادراك الحكم"، مستدلاً على ذلك بجملة نصوص واقوال لكبار علماء المعتزلة[٢]. ويضيف قائلاً: "ان المعتزلة ينظرون الى العقل على انه دليل الحكم لا على انه منشئ الحكم. فان الحكم عندهم له حقيقة ثابتة... ولا يتوقف ثبوته على العقل... (وان) المراد بالحكم العقلي ما يدركه العقل من حسن الشيء او قبحه"[٣].

---

(١) عبدالرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت: اصول القانون، المرجع السالف الذكر، ص ٤٣ في الهامش.

(٢) انظر: محمد شريف احمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، المرجع السالف الذكر، ص٤٥-٤٦.

(٣) محمد شريف احمد، المرجع السالف الذكر، ص ٤٧-٤٨.

واذا كان الأمر كذلك،فهل يمكن القول بوجود فكرة القانون الطبيعي عند المعتزلة؟ وهل ان "قانون العقل" الحاكم على الله وعلى العباد هو القانون الطبيعي؟

لقد قيل ان قول صدر الشريعة، صاحب التوضيح، فيه غلو لاصطدامه مع الآية الكريمة: "ان الحكم إلا لله"[1]. ثم نسأل : هل ان دور العقل عند المعتزلة منشئ لقواعد (قانونية) تعلو على القانون الوضعي (الشريعة)، ام انه دور "كاشف"، وعند ذاك لا يمكن ان يكون إلا في خدمة شريعة متكاملة؟

وفي ضوء سكوت المعتزلة عن الاجابة عن هذه التساؤلات، فإنه قد يكون من الضروري، ان لم يكن من المنطقي، تفسير دور العقل عند المعتزلة في اتجاه آخر قد لا يؤدي الى تبني فكرة القانون الطبيعي.

فيمكن القول ان فكرة التحسين والتقبيح كانت منهجاً عند المعتزلة بغية التطبيق الكامل للنصوص القرآنية. هذا يعني ان تبني هذه الفكرة، وما تؤدي اليه من نتائج منطقية، لا يمكن ان يكون بديلاً عن الشرع الاسلامي بل تفسيراً "حقيقياً" لمضمونه ومحتواه[2].

وعليه فان فكرة التحسين والتقبيح العقليين، لايمكن ان تؤدي الى وجود "قانون علوي" قد يتناقض مع قانون آخر هو القانون الوضعي، كما يقضي بذلك منطق فكرة القانون الطبيعي. فالقانون الوضعي في الاسلام، إن صح التعبير، هو شرع متكامل. لذا فان جهد المعتزلة سيكون جهداً تفسيرياً لهذا الشرع وبيان كيفية ادراكه وليس تصحيحه في ضوء "قانون" يعلو عليه.

بناءً عليه فان مذهب المعتزلة يفتقد الى وجود "قانون طبيعي" علوي يمكن ان يؤثر او يتناقض مع قانون وضعي، وبالتالي يمكن القول ان هذا المذهب لا تتوافر فيه المعطيات الاساسية لفكرة القانون الطبيعي.

لكن اذا كان دور العقل يقتصر على تفسير الشرع، فان هذا التفسير سيكون في ضوء العقل دون تحديد المبادئ التي ينادي بها، اي مجموعة القواعد "القانونية" التي منها ينظر الى القانون الوضعي.

واذا كان التفسير يتضمن تعديلاً او اقتراح تعديل او فهماً معدلاً للشرع ينسجم مع "قانون العقل"، فأنه في هذه الحدود وبهذا المعنى يمكن الكلام عن وجود جذور للقانون الطبيعي عند المعتزلة.

٣٦. القانون الطبيعي عند ابن رشد

واذا كان هناك من شك حول وجود القانون الطبيعي عند المعتزلة، فان وجوده يكاد يكون محسوماً عند ابن رشد[3].

---

(١) محمد شريف احمد، المرجع السالف الذكر، ص ٤٥.

(٢) انظر: محمد شريف احمد، المرجع السالف الذكر، ص ١٣٦.

(٣) ابو الوليد ابن رشد (٥٢٠ هـ / ١١٢٦م-٥٩٥هـ/١١٩٨م)، ولد في مدينة قرطبة لاسرة مشهورة بالعلم والمناصب العالية. عمل في البداية قاضياً (في قرطبة وغرناطة) ثم طبيباً للخليفة ابي يعقوب يوسف وبعد ذلك لولده المنصور الذي عهد اليه بشرح فلسفة ارسطو. ولابن رشد اضافة الى ذلك اعمال في الفقه والطب والفلسفة.

ينطلق ابن رشد من موقف واضح من القانون، فهو يقول: "ان الشرائع هي الصناعة الضرورية المدنية التي تؤخذ مبادئها من العقل والشرع، ولاسيما ما كان منها عاماً لجميع الشرائع وان اختلفت في ذلك بالأقل والاكثر"[1].

ومن هذا النص يظهر ان "القانون" صناعة، وهو ضروري للحياة المدنية. وهذه القوانين او الشرائع تؤخذ مبادئها من العقل والشرع. وهذا يعني ان هناك تدرجاً في "القوانين" إن صح التعبير. ففوق القوانين "الوضعية" يوجد الشرع و العقل.

وموقف ابن رشد من الشرع يتجلى في ان " الشريعة الاسلامية هي شريعة متكاملة، ومقصودها تعليم العلم الحق والعمل الحق، والعمل الحق هو امتثال الافعال التي تفيد السعادة وتجنب الافعال التي تفيد الشقاء، والمعرفة بهذه الافعال هي التي تسمى العلم العملي... "[1].

ووسائل معرفة الشريعة ثلاث عند ابن رشد، وهي متدرجة هرمياً. والوسيلة الاولى هي ما تختص بالجمهور، وهي الادلة الخطابية، التي تتألف مقدماتها من القضايا غير اليقينية او تختلط فيها اليقينية بغيرها، ويسمى صاحبها خطيباً وتقبل هذه الادلة في ميدان ترغيب الجمهور الى فعل الخير والتنفير من الشر.

ويأتي فوقها ما هو مختص بفئة أقل من الجمهور لا يقتنعون بالادلة الخطابية ويتفقون عند الادلة الجدلية التي تتألف مقدماتها من القضايا المشهورة او منها ومن المسلمات.

ويأتي في قمة السلم المعرفي، القياس المركب من مقدمات يقينية والموصل الى الحقيقة عن طريق الادلة البرهانية.

وهذا يعني ان الشريعة تتعامل في معرفتها مع عقول ثلاثة: العقل الخطابي،العقل الجدلي والعقل البرهاني.

فالناس يوزعون، في فهم الشريعة، على ثلاث درجات عقلية. فمنهم من اوتي عقلاً خطابياً يقنع بالقضايا الاقناعية وان لم تكن يقينية. ومنهم من كان عقله جدلياً لا يقتنع إلا بالقضايا المسلمة والمشهورة. ومنهم من كان عقله برهانياً وهو العقل الذي يبحث عن الحقيقة التي لا يدركها إلا "الراسخون في العلم"[2].

وفي مسألة الحسن والقبح، فان ابن رشد يقرر ذاتية الحسن والقبح الا انه يتحاشى اطلاق الوجوب على افعاله تعالى (كما ارادت بعض المعتزلة)، لان الوجوب يتضمن معنى الحاجة والنقصان وحيث انه تعالى كمال في ذاته فلا يمكن ان يجب عليه شيء ولكن كماله يقتضي ضرورة ان يفعل ما هو كمال ولا يفعل ماهو نقص[4].

ولما كانت الشريعة الاسلامية من فعل الله تعالى وهو الكمال، ولما كان الحسن والقبح (المأمور به والمنهى عنه) لايفرض على الله، بل يستوحى عن طريق العقل البرهاني، وحيث ان الشرائع تؤخذ مبادئها، كما يقول ابن رشد، من العقل والشرع، لذلك فان التوجهات الاساسية للارادة

---

(١) ذكره: محمد شريف احمد، المرجع السالف الذكر، ص ١٨٥.

(٢) ابن رشد: فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال، ذكره، محمد شريف احمد، المرجع السالف الذكر، ص ١٨٨.

(٣) انظر: محمد شريف احمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، المرجع السالف الذكر، ص١٩٠- ١٩١، ص ٢١٩.

(٤) انظر: محمد شريف احمد،المرجع السالف الذكر، ص ١٩٤-١٩٥.

الالهية من خلال شريعتها تعرف عن طريق العقل البرهاني، الذي يمتاز به الراسخون في العلم، وبالتالي فان مقدار ما يعرفونه من هذه التوجهات عن طريق هذا العقل يمكن ان يكون هو القانون الطبيعي. بتعبير آخر ان القانون الطبيعي هو المبادئ المستوحاة بالعقل (البرهاني) والوحي من شريعة الله.

"وكل شريعة، يقول ابن رشد، كانت بالوحي فالعقل يخالطها، ومن سلم انه يمكن ان يكون ههنا شريعة بالعقل فقط فانه يلزم ضرورة ان يكون انقص من الشرائع التي استنبطت بالعقل والوحي"(١).

٢§- مدارس القانون الطبيعي

اولاً- مدرسة توما الاكويني

٣٧. المفكر ومنطلقاته اللاهوتية

ولد "القديس توما الاكويني Saint Thomas D'Aquin" في عائلة غنية بالقرب من مدينة نابولي في ايطاليا. ودخل سلك الرهبنة حوالي السنة الرابعة عشرة او الخامسة عشرة من عمره، على الرغم من معارضة عائلته.

واصل دراسته في اللاهوت في المانيا وفرنسا بعد ان درس في جامعة نابولي. وأصبح استاذاً في اللاهوت في ١٥ آب ١٢٥٧. وعاد الى ايطاليا عام ١٢٥٩ وبقي فيها تسع سنين قام خلالها بالتدريس، ثم عاد الى باريس بين عامي ١٢٦٨-١٢٦٩، فارغم على قطع محاضراته بسبب الاضطرابات التي حدثت آنذاك في الجامعة،فرجع ثانية، عام ١٢٧٢ للتدريس في نابولي. منحت له القداسة في ١٤ تموز عام ١٣٢٣ من قبل البابا يوحنا الثاني والعشرين.

كان القديس توما الاكويني واسع الاطلاع، فعرف الفلسفة الاغريقية (وتأثر بارسطو خاصة) والفلسفة العربية (ابن سينا وابن رشد) ودرس الفلاسفة المدرسيين وآباء الكنيسة. وتعتبر مؤلفاته (التي قاربت السبعين) من اسس علم اللاهوت في الكنيسة الكاثوليكية. له اتباع كثيرون داخل الكنيسة الكاثوليكية وخارجها، وقد كتب الشيء الكثير عن مذهبه.

وبالنسبة للقديس توما الاكويني، يختلف الانسان عن الحيوان. فبينما يملك الحيوان الغريزة، يملك الانسان العقل. "لقد خلق الانسان، يقول القديس توما،... ومنح العقل الذي يمكنه من ان يستخدم كل شيء بوساطة يديه"، إلا ان الله هو العقل المطلق.

والمطلق لا يمكن ان يدركه الانسان. واستحالة ادراك المطلق يعود سببها، كما يقول القديس توما الاكويني، الى انحطاط الانسان نتيجة للخطيئة الاصلية. لكن ليس هناك فرق اساسي بين طبيعة الانسان قبل السقطة وبعدها (ارتكابه الخطيئة الاصلية). والله هو غاية الكون بما فيه المخلوقات العاقلة (الانسان).

---

(١) ابن رشد: تهافت التهافت، ذكره، محمد شريف احمد، المرجع السالف الذكر، ص١٨٧.

إلا ان المخلوقات العاقلة تستطيع وحدها ان تعرف الله وتحبه. وعليه فبالرغم من السقطة فان الانسان سيحتفظ، بفضل طبيعته العاقلة وكون الله غايته، بميل روحي يمكنه من توقع اتجاهات العقل المطلق اي العقل الالهي. وبما ان العقل البشري لا يمكن ان يدرك العقل الالهي (بل يتوقع اتجاهاته) فهو، إذن، دون العقل الالهي مرتبة. الا ان العقل البشري هو عقل تأملي اولاً وهو عقل عملي ثانياً. فهناك، اذن، العقل الالهي في القمة ومن بعده يأتي العقل التأملي وبعد ذلك العقل العملي.

٣٨. أساس القانون الطبيعي

يقول القديس توما الاكويني ان القانون يجد اساسه في العقل. "فالعقل هو المبدأ الأول للافعال البشرية، لان الانسان لا يمكن ان يتصرف ككائن ذكي، دون سلطة العقل. بناءً عليه فان مبدأ الافعال البشرية يوجد في العقل. لكن... القاعدة التي تحكم الافعال البشرية ليست شيئاً آخر غير القانون، فالقانون يجد اساسه، إذن، في العقل. وهكذا فإن ميزة القانون هي ان يكون امراً للعقل".

واذا كان اساس القانون هو العقل، والعقل واحد في جوهره، متعدد في مظاهره وتدرجه، فسيكون لدينا انواع من القوانين وفقاً لكون هذا العقل او ذاك سيكون اساساً لها. وعليه فان العقل المطلق او العقل الالهي سيكون اساس "القانون الازلي Lex Aeterna". فالقانون الازلي ملازم، إذن، للعقل الالهي، بل هو صورة هذا العقل. وبما ان العقل الالهي (الله) يحكم الكون (وهو خالقه) فان القانون الازلي يحكمه ايضاً. وهذا ما يقوله القديس توما الاكويني حين يعرف القانون الازلي بانه "...حكم الكون من لدن العقل الالهي".

اما العقل التأملي، الذي يأتي بعد العقل الالهي درجة فسيكون اساس "القانون الطبيعي Lex Naturalis". وبما ان العقل التأملي (وهو عقل بشري) لايمكن ان يدرك العقل المطلق (القانون الازلي) بل يتوقع او يتحسس اتجاهاته، "فالقانون الطبيعي (اذن) هو اسهام المخلوقات العاقلة في القانون الازلي".

فالقانون الطبيعي هو ما يمكن ان يدركه الانسان من القانون الازلي، لأن الانسان بسبب خطيئته الاولى عاجز عن ادراك العقل المطلق (القانون الازلي) وبالتالي فان القانون الطبيعي لايمكن ان يكون الا صورة غير كاملة للقانون الازلي.

واخيراً فان العقل العملي سيكون اساس "القانون البشري Lex Humana" او القانون الوضعي. بناءً عليه فان القانون الوضعي سيجد، في آخر الامر، اساسه ومصدره في القانون الطبيعي[1].

---

(١) والجدير بالملاحظة ان فكرة القانون الطبيعي عند ابن رشد، اكثر واقعية وعلمية مما هي عند توما الاكويني، فابن رشد ينطلق من واقع معين هو وجود الشرائع ويبحث عن المبادئ التي تحكمها. فثلاثية العقول، إن صح التعبير، عند ابن رشد تنصب على معرفة هذه المبادئ، اي على معرفة "القانون الطبيعي". اما القديس توما الاكويني، فان ثلاثيته العقلية، تنطلق من "العقل المطلق" (العقل الالهي) الذي لا يمكن ان يدركه الانسان، ثم ينزل الى "العقل التأملي" و"العقل العملي". إلا ان هذا "العقل التأملي" يتجه نحو العقل المطلق (القانون الازلي) لمعرفة او توقع اتجاهات هذا العقل، بينما هو يتوجه، عند ابن رشد، الى واقع الشرائع لاستخلاص المبادئ التي تحكمها. ومعرفة هذه المباديء (القانون الطبيعي) منوط عند ابن رشد، بالراسخين بالعلم (الباحثين عن الحقيقة عن طريق العقل البرهاني) وهم، في الواقع، الفقهاء واهل القانون، بينما انيط ذلك، عند القديس توما، بكل الافراد. واذا كانت مساعي القديس توما الاكويني تهدف الى ان يكون العقل في خدمة الايمان الديني، فان الأمر لم يكن بخلاف ذلك عند ابن رشد لكنه استخدم العقل استخداماً علمياً اكثر دقة وقبولاً من دراسة الاكويني.

إلا ان المخلوقات العاقلة تستطيع وحدها ان تعرف الله وتحبه. وعليه فبالرغم من السقطة فان الانسان سيحتفظ، بفضل طبيعته العاقلة وكون الله غايته، بميل روحي يمكنه من توقع اتجاهات العقل المطلق اي العقل الالهي. وبما ان العقل البشري لا يمكن ان يدرك العقل الالهي (بل يتوقع اتجاهاته) فهو،إذن، دون العقل الالهي مرتبة. الا ان العقل البشري هو عقل تأملي اولاً وهو عقل عملي ثانياً. فهناك،اذن، العقل الالهي في القمة ومن بعده يأتي العقل التأملي وبعد ذلك العقل العملي.

٣٨ . أساس القانون الطبيعي

يقول القديس توما الاكويني ان القانون يجد اساسه في العقل. "فالعقل هو المبدأ الأول للافعال البشرية، لان الانسان لا يمكن ان يتصرف ككائن ذكي، دون سلطة العقل. بناءً عليه فان مبدأ الافعال البشرية يوجد في العقل. لكن... القاعدة التي تحكم الافعال البشرية ليست شيئاً آخر غير القانون، فالقانون يجد اساسه، إذن، في العقل. وهكذا فإن ميزة القانون هي ان يكون امراً للعقل".

واذا كان اساس القانون هو العقل، والعقل واحد في جوهره، متعدد في مظاهره وتدرجه، فسيكون لدينا انواع من القوانين وفقاً لكون هذا العقل او ذاك سيكون اساساً لها. وعليه فان العقل المطلق او العقل الالهي سيكون اساس "القانون الازلي Lex Aeterna". فالقانون الازلي ملازم، إذن، للعقل الالهي، بل هو صورة هذا العقل. وبما ان العقل الالهي (الله) يحكم الكون (وهو خالقه) فان القانون الازلي يحكمه ايضاً. وهذا ما يقوله القديس توما الاكويني حين يعرف القانون الازلي بانه "...حكم الكون من لدن العقل الالهي".

اما العقل التأملي، الذي يأتي بعد العقل الالهي درجة فسيكون اساس "القانون الطبيعي Lex Naturalis". وبما ان العقل التأملي (وهو عقل بشري) لايمكن ان يدرك العقل المطلق (القانون الازلي) بل يتوقع او يتحسس اتجاهاته، "فالقانون الطبيعي (اذن) هو اسهام المخلوقات العاقلة في القانون الازلي".

فالقانون الطبيعي هو ما يمكن ان يدركه الانسان من القانون الازلي، لأن الانسان بسبب خطيئته الاولى عاجز عن ادراك العقل المطلق (القانون الازلي) وبالتالي فان القانون الطبيعي لايمكن ان يكون الا صورة غير كاملة للقانون الازلي.

واخيراً فان العقل العملي سيكون اساس "القانون البشري Lex Humana" او القانون الوضعي. بناءً عليه فان القانون الوضعي سيجد، في آخر الامر، اساسه ومصدره في القانون الطبيعي[1].

---

(١) والجدير بالملاحظة ان فكرة القانون الطبيعي عند ابن رشد، اكثر واقعية وعلمية مما هي عند توما الاكويني، فابن رشد ينطلق من واقع معين هو وجود الشرائع ويبحث عن المبادئ التي تحكمها. فثلاثية العقول، إن صح التعبير، عند ابن رشد تنصب على معرفة هذه المبادئ، اي على معرفة "القانون الطبيعي".
اما القديس توما الاكويني، فان ثلاثيته العقلية، تنطلق من "العقل المطلق" (العقل الالهي) الذي لا يمكن ان يدركه الانسان، ثم ينزل الى "العقل التأملي" و"العقل العملي". إلا ان هذا "العقل التأملي" يتجه نحو العقل المطلق (القانون الازلي) لمعرفة او توقع اتجاهات هذا العقل، بينما هو يتوجه، عند ابن رشد، الى واقع الشرائع لاستخلاص المبادئ التي تحكمها.
ومعرفة هذه المبادىء (القانون الطبيعي) منوط عند ابن رشد، بالراسخين بالعلم (الباحثين عن الحقيقة عن طريق العقل البرهاني) وهم، في الواقع، الفقهاء واهل القانون، بينما انيط ذلك، عند القديس توما، بكل الافراد.
واذا كانت مساعي القديس توما الاكويني تهدف الى ان يكون العقل في خدمة الايمان الديني، فان الأمر لم يكن بخلاف ذلك عند ابن رشد لكنه استخدم العقل استخداماً علمياً اكثر دقة وقبولاً من دراسة الاكويني.

في الحقيقة، ان القديس توما الاكويني يميز بين نوعين من القانون الطبيعي: القانون الطبيعي الاصلي والقانون الطبيعي الثانوي.

والقانون الطبيعي الاصلي هو قانون ثابت وجوهره مبدأ واحد: يجب عمل الخير وتجنب الشر. اما القانون الطبيعي الثانوي فيتكون من قواعد تختلف باختلاف الزمان والمكان، لأنه، على حد تعبير القديس توما: "...اذا كانت العدالة يجب ان تراعى عالمياً، فان تحديد الاشياء العادلة... يختلف ضرورة باختلاف حالات الانسان". ويضيف القديس توما قوله ان "المبادئ العامة للقانون الطبيعي لايمكن ان تطبق وفق اسلوب واحد على الكل، نظراً للاختلاف الكبير في الامور الانسانية. ومن هنا يأتي اختلاف التشريعات عند مختلف الشعوب".

ولما كان القانون البشري او القانون الوضعي هو من القانون الطبيعي، لأنه في الحقيقة، ليس إلا القانون الطبيعي الثانوي، ولما كان القانون الطبيعي (الاصلي) يتميز بمبدأ واحد: عمل الخير وتجنب الشر، فعند ذاك ليس من المستغرب ان القديس توما الاكويني يعرف القانون الوضعي بأنه: "...أمر العقل المتعلق بالخير العام، أقيم من قبل من يحكم الجماعة ومصدق (منه)"[1].

مما تقدم ينتج ان القديس توما الاكويني يميز بين ثلاثة انواع من "القوانين" متدرجة بالشكل التالي: "القانون الازلي" وهو العقل الالهي (العقل المطلق) الذي يحكم العالم ولا يستطيع احد ان يعرفه بكامله. بعده يأتي "القانون الطبيعي" الذي هو ما يستطيع البشر معرفته بواسطة العقل من القانون الازلي. اخيراً يأتي "القانون البشري" الذي هو صنيعة الانسان (القانون الوضعي) باعتباره بلورة للقانون الطبيعي.

لكن المشكلة التي تطرح هي: ما الحكم اذا تناقض القانون البشري مع القانون الطبيعي او مع القانون الازلي، هل يجب على الافراد، عند ذاك، اطاعته؟

نعم يجيب القديس توما، في حالة تعارض القانون البشري مع القانون الطبيعي يجب اطاعة القانون البشري، لأن من الافضل تجنب "الفضيحة والاضطراب" الذي يصطحب عدم الطاعة. لكن لا تجب اطاعة القانون البشري في حالة تناقضه مع القانون الازلي لان في ذلك تهجماً مباشراً على الايمان[2].

ثانياً: مدرسة هيكو كروسيوس

٣٩. نبذة تأريخية

ان الثورة الفكرية والسياسية والاجتماعية التي صاحبت عصر النهضة والاصلاح الديني في اوروبا، كان من شأنها تجديد الثقافة الكلاسيكية (الفلسفة الاغريقية بالذات) وهجر الفلسفة المدرسية المطبوعة بالروح اللاهوتية.

فالدراسة الناقدة المبنية على العقل حلت محل علم اللاهوت الذي تعرض لأمرّ الانتقادات باسم حرية الضمير التي نادى بها الاصلاح الديني.

---

(١) لقد اعتمدنا في ذكر أقوال القديس توما الاكويني على: بريمو، الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، المرجع السالف الذكر، ط٢، ص ٣٩-٤٤.

(٢) انظر: رُبية، النظرية العامة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص ١٣٢.

فالفرد لم يعد جزءاً ضئيلاً من نظام واسع، بل اصبح يشعر بقوته وذاته، فهو غاية في ذاته، يحتضنه العقل الناقد والشك المتفلسف والعطش الى المعرفة.

ونمو البورجوازية التجارية (اكتشاف اميركا، ونتائج الحروب الصليبية) جعل الفرد يطالب بحماية حقوقه وحرياته التي تمثلت في مطالب الطبقة البورجوازية في حماية مصالحها المتجسدة في حماية الملكية الفردية التي بدأت تنمو نمواً سريعاً في تلك الفترة. اذن، مشاكل جديدة تحتاج الى حلول جديدة في اطار جديد. وقد اعُتقد ان "القانون الطبيعي" يمكن ان يقدم هذه الحلول، إلا انه قانون طبيعي لم يعد ينظر اليه من خلال علم اللاهوت (كما في العصور الوسطى) بل من خلال العقل الناقد.

وهذه المهمة الجديدة هي التي اضطلع بها المفكر الهولندي كَروسيوس حين اعطى اساساً جديداً للقانون الطبيعي مؤسساً بذلك ما اصطلح على تسميته "مدرسة قانون الطبيعة والشعوب".

ولد هيكو كَوروسيوس Hugo Grotius (١٥٨٣-١٦٤٥)، في مدينة "دلفت" بهولندة من عائلة ذات اصل فرنسي. درس في جامعة لايد (بهولندة) ثم في جامعة اورليان (بفرنسا) التي منحته الدكتوراه في القانون. حكم عليه عام ١٦١٨ بالسجن المؤبدلانغماسه في الصراع السياسي – الديني الذي كان دائراً حينذاك في بلاده. استطاع عام ١٦٢١ ان يهرب من السجن بمساعدة زوجته وخادمته ويلجأ الى فرنسا حيث عاش فيها قرابة ربع قرن.

عين عام١٦٣٤ سفيراً للسويد في باريس وبقي في منصبه حوالي عشر سنوات. استدعى بسبب تصرف لملكة السويد كريستين لم يرضه، فعاد الى استكهولم حيث لم يعجبه الوضع هناك،فأبحر الى المانيا ومات في يوم ٢٨ آب ١٦٤٥ في مستشفى مدينة روستوك على اثر غرق الباخرة التي اقلته.

كان روسيوس ذا قدرة هائلة على العمل المثابر. تأثر بارسطو والفقهاء الرومان والقديس توما الاكويني وغيره من علماء اللاهوت الكاثوليك. لمع في ميدان السياسة والقانون والفلسفة الى درجة ان لقب، في حياته، بـ "رائعة هولندة".

اهتم بالقانون الدولي ومنه عرج على فلسفة القانون. كتب عام ١٦٠٤ (بناء على طلب شركة الهند الشرقية الهولندية) كتاباً عن "قانون الغنائم" الذي بقي غير معروف حتى عام ١٨٦٤، وفيه نجد بوادر افكاره عن القانون الطبيعي. وجدت آراؤه اكتمالها واخذت فلسفته القانونية اطارها النهائي في مؤلفه الاساسي "في قانون الحرب والسلم" الذي كتبه اثناء لجوئه الى فرنسا ونشره عام ١٦٢٥ وأهداه الى الملك لويس الثالث عشر.

٤٠ . أساس القانون الطبيعي

بالنسبة لـروسيوس يجد القانون الطبيعي اساسه في الطبيعة البشرية (أم القانون الطبيعي على حد تعبيره) التي تقضي بان يعيش الانسان وفقاً لغريزته الاجتماعية في مجتمع هادئ ومنظم. "أما القانون الطبيعي، يقول روسيوس، فهي الطبيعة نفسها التي تحملنا على الرغبة في اقامة العلاقة مع اقراننا، بالرغم من اننا لا نحتاج الى شيء".

وبناءً عليه فان الطبيعة البشرية هي مصدر القانون الطبيعي او اساسه، لان ما يميز الانسان هي غريزته الاجتماعية اي حاجته الى المجتمع.

إلا ان ما يمكن الانسان من تحسين طبيعته والمجتمع هو العقل. ولهذا فإن كل ما يخالف العقل يخالف، في الوقت نفسه، القانون الطبيعي وكل ما يتمشى مع العقل يتمشى مع القانون الطبيعي. فالقانون الطبيعي،إذن، هو القاعدة التي يمليها علينا العقل القويم الذي وفقاً له نقيّم الافعال وفقاً لتمشيها مع "الطبيعة الاجتماعية العاقلة" وبناءً عليه فإن روسيوس قد جعل من غريزة الاجتماع "مبدأ عقلياً" يجد فيه القانون الطبيعي اساسه. فالقانون الطبيعي هو ما يجعل الحياة ممكنة في المجتمع، لأنه هو العقل، والعقل يجعل الحياة ممكنة.

وبتعبير آخر فان القانون الطبيعي هو ما يظهره العقل القويم من قواعد تتمشى مع الطبيعة الاجتماعية للانسان. ومن هذا الاساس العقلي للقانون الطبيعي ينتج ان مباده واحدة وعالمية.

والقانون الطبيعي عند روسيوس، كما عند القديس توما الاكويني، يعلو على القانون الوضعي بل ان هذا الاخير يستمد صحته من الأول. إلا ان روسيوس يميز بوضوح بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي. فبينما يستمد القانون الوضعي وجوده من سلطان الحكام (فهو ليس إلا امراً يصحبه جزاء)، نرى ان القانون الطبيعي يستمد وجوده من سلطان العقل.

ولما كان اساس القانون الطبيعي هو العقل المحض، فان ذلك سيترك اثره في الطريقة التي تعرف بها قواعد هذا القانون. فبالنسبة لكَروسيوس توجد طريقتان لمعرفة قواعد القانون الطبيعي. الطريقة الاولى هي الطريقة الاستنباطية (او طريقة الحكم المسبق A Priori) التي تقوم على التدليل العقلي الذي يستنبط من الطبيعة البشرية قواعد القانون الطبيعي. اما الطريقة الثانية فهي الطريقة الاستقرائية (او طريقة الحكم اللاحق A Posteriori) التي تستقرئ من تطبيقات الشعوب القواعد التي يمكن اعتبارها طبيعية لانها تعبر عن مبدأ الغريزة الاجتماعية باعلى صورة. ويفضل روسيوس الطريقة الاولى، لان القانون الطبيعي يملك قيمة بذاته.

واذا كانت قواعد القانون الطبيعي هي في عقلانيتها وغايتها الاجتماعية، فان روسيوس يجد هذه القواعد "المعقولة" في احترام الملكية الفردية وفي الالتزام بالعقود وفي تعويض الضرر المسبب للغير.

ولا ريب ان "عقلية" روسيوس الهولندية والتجارية هي التي أملت هذه المبادئ "العقلية"[1].

لثاً: آثار كَروسيوس

٤١. علمنة القانون الطبيعي

ان مفهوم كَروسيوس للقانون الطبيعي يختلف عن مفهوم القديس توما الاكويني. فبالرغم من ان كليهما ينطلق من العقل (نتيجة لتأثرهما بارسطو) الا انه عقل في خدمة الايمان الديني عند القديس توما، في حين انه عقل في خدمة الانسان وغريزته الاجتماعية عند كَروسيوس. وهذا يعني

لقد اعتمدنا في ذكر أقوال روسيوس، على: بريمو، الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، المرجع السالف الذكر، ص ٨٥-٨٦.

ان كَروسيوس قد قطع الصلة بين القانون الطبيعي واللاهوت، وبين القانون الطبيعي والاخلاق او الفلسفة الاخلاقية الكاثوليكية.

حقيقة ان كَروسيوس يقول ان القانون الطبيعي يفرضه العقل القويم بحيث نحكم على الافعال البشرية بقدر تمشيها مع "الطبيعة العاقلة" وأن الله هو الذي خلق هذه الطبيعة، فهو الذي يجيز، بالتالي، هذا العمل او يحرم ذاك، إلا ان كَروسيوس في الواقع، لا يعتبر القانون الطبيعي ذا مصدر الهي، فالقانون الطبيعي، بالنسبة له، ليس كذلك لأن الله اراده، بل لأنه بالذات القانون الطبيعي.

٤٢ . أبوة القانون الدولي

واذا كان القانون الطبيعي، بالنسبة كَروسيوس يستمد وجوده من سلطان العقل، فان قواعد القانون الطبيعي سيكون لها وجود موضوعي، لأنها توجد بحكم العقل وعلى المشرع ان يحقق فيما يضعه من قواعد سلوك ملزمة (القانون الوضعي) قواعد القانون الطبيعي او مبادءه. فقواعد القانون الطبيعي هي التي تحل محل القواعد الوضعية اللاعقلية او غير الكافية او التي يفتقد وجودها في قطاع معين كالعلاقات بين الدول. ولهذا السبب اعتبر كَروسيوس "أبا القانون الدولي" الذي اراد اقامته على حكم العقل اي على قواعد القانون الطبيعي.

ويميز كَروسيوس بين القانون الطبيعي و "القانون الارادي Droit Volontaire" وهذا الاخير نتيجة لارادة الامم، كل الامم او لعدد منها، وهي ارادة يعبر عنها عن طريق الاتفاقات بين هذه الامم. فالقانون الطبيعي يتضمن "مبادئ" بينما القانون الارادي يتضمن قواعد بناءة تطبق فعلاً على العلاقات الدولية.

والقانون الارادي سوف لا يكون صحيحاً الا اذا تماشى مع القانون الطبيعي.

وكتب كَروسيوس مؤلفه الاساسي "في قانون الحرب والسلم De jure belli ac Pacis" الذي يمثل اول عرض حقيقي منهجي للقانون الدولي.

وقبل ان يدخل في "قانون الحرب" يطرح كَروسيوس مفهومه العام للقانون الدولي فهو يسلم بسيادة الدولة ويعرف هذه السيادة بانها "تلك التي تكون اعمالها مستقلة عن كل سلطة عليا ولا يمكن ان تلغى من قبل اي ارادة بشرية".

إلا ان الدول ذات السيادة يجب ان لاتتجاهل بعضها الآخر، فعليها ان تقبل فكرة وجود مجتمع يحكمه القانون بالضرورة، فالسيادة يجب ان تقيد بقوة القانون فقط لافتقاد الهيئات التي تعلو على الدول. وهذا القانون هو القانون الطبيعي. وانطلاقاً من فكرة القانون الطبيعي يعرف كَروسيوس القواعد المتعلقة بالحرب. فهو يعترف بشرعية الحرب، فليس هناك سلطة اعلى من الدول ذات السيادة لفض نزاعاتها لكن بشرط ان تكون هذه الحرب عادلة، وتكون الحرب عادلة اذا كانت رداً على عدم العدالة التي يحدد القانون الطبيعي حالاتها. وهذه الحالات تظهر حين يكون هناك اعتداء على "الحقوق الاساسية" التي يعترف بها القانون الطبيعي للدول ذات السيادة: وهي الحق في المساواة، الحق في الاستقلال، الحق في الحفاظ على النفس، الحق في الاحترام والحق في التجارة الدولية.

فمن الحرب يصل كَروسيوس الى استخلاص صلاحيات او حقوق الدول. فأي دولة لا يمكن ان تعتدي على الحقوق الاساسية للدول الاخرى، وكل خرق لهذا المنع يعطي الحق بالدفاع الشرعي. ورغبة روسيوس في تقييد سيادة الدولة بالقانون الطبيعي جعلت منه المؤسس الحقيقي للقانون الدولي. فبدل وجود سلطة عليا اراد ايجاد نوع من المشروعية العليا تفرض على الدول فتنظم علاقاتها[1].

٤٣ . تأسيس مدرسة قانون الطبيعة والشعوب

ويعتبر كروسيوس مؤسس مدرسة قانون الطبيعة والشعوب، فمفهومه للقانون الطبيعي نشره وروجه العديد من تلامذته في القرنين السابع عشر والثامن عشر.

ومن اهم تلامذته الالماني صاموئيل بفاندروف (١٦٣٢-١٦٩٤) الذي قيل عن كتابه "في قانون الطبيعة والشعوب" الصادر عام ١٦٧٢، بأنه تضمن كل افكار او مفاهيم مدرسة قانون الطبيعة والشعوب. وفي هذا الكتاب يميز بفاندروف، كاستاذه روسيوس في الواقع، بين القانون واللاهوت، وبين القانون الوضعي والقانون الطبيعي، وان هذا الاخير يوجد قبل الدولة ويعلو عليها بحيث انه نموذج للتشريعات الوضعية التي لا يمكن ان تحيد عنه.

كما تضمن مؤلفه ايضاً كل الافكار التي هي منطقياً تنحدر عن مدرسة كَروسيوس ككون الانسان يملك حقوقاً خاصة به لأنه انسان، اي انه يمتلكها في حالة الطبيعة وقبل دخوله المجتمع فهي حقوق طبيعية.

ويمكن ان نذكر ايضاً من انصار القانون الطبيعي، الالماني ولف (١٦٧٩-١٧٥٤) الذي يعتبر كتابه " القانون الطبيعي معالجاً وفقاً للطريقة العلمية" الصادر عام١٧٤٠، والذي يقع في ثمانية اجزاء، من اكمل ماكتب عن الموضوع.

والصفة الغالبة على كتابات تلامذة كَروسيوس هي مبالغتهم في التمسك بالطريقة الاستنباطية والمنطق المجرد البعيد عن ملاحظة الوقائع والتجربة.

٣§- تقدير مدارس القانون الطبيعي

أولاً- نتائج المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي

٤٤ . موضوعية القانون الطبيعي وعلويته

يترتب على فكرة القانون الطبيعي، نتائج عدة تتعلق باساس القانون وطبيعته. فالقانون الطبيعي بالنسبة للقديس توما الاكويني هو مقدار ما يدركه العقل البشري من العقل الالهي الذي هو اساس القانون الازلي، إلا ان هذا الاساس العقلي للقانون الطبيعي اصبح عند كَروسيوس

---

(١) Cf. N.Dinh: Droit international Puplic .3e éd. L. G. D. J. 1987.PP.47 - 49.

ومدرسة قانون الطبيعة والشعوب عقلياً محضاً حين قطعوا الصلة بين القانون الطبيعي واللاهوت: فالقانون الطبيعي هو ما يمليه العقل المجرد.

وهذه النزعة العقلية وجدت اقصى نتائجها المنطقية عند مفكري القرن الثامن عشر وفلاسفته. فقد اصبح "قانون الطبيعة" هو "قانون العقل" عند كانط مثلاً.

والقانون الطبيعي كان، في الحقيقة، حتى مجيء مفكري مدرسة قانون الطبيعة والشعوب ذا محتوى اخلاقي نظراً لأسسه الدينية التي اقامه عليها علماء اللاهوت المسيحيون. بالعكس فاننا نجد القانون الطبيعي عند مدرسة روسيوس ذا طبيعة قانونية محضة، نظراً للفصل الذي اقامته هذه المدرسة بين القانون والاخلاق. وليس من باب المصادفة ان يكون توما سيوس (١٦٥٥-١٧٢٨) وهو احد تلامذة كروسيوس ومن انصار مدرسة قانون الطبيعة والشعوب، اول من اقام التمييز بين القانون والاخلاق، اي بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية.

فقد قال ان الاخلاق تمس ضمير الفرد وبالتالي تحقق الطمأنينة او السلم الداخلي، بينما تهتم القاعدة القانونية بعلاقة الفرد مع الآخرين اي بنشاط الفرد الخارجي بغية تحقيق السلم في العلاقات الخارجية للفرد.

فالقانون الطبيعي اصبح مجموعة قواعد قانونية يجدها العقل او تتمشى مع "طبيعة الاشياء". واذا كان الامر كذلك، فان قواعد القانون الطبيعي سيكون لها وجود موضوعي، لأنها توجد بحكم العقل وبحكم طبيعة الاشياء وبالتالي فهي غير مدينة بوجودها لارادة المشرع، بل عليه ان يحقق مبادئ القانون الطبيعي في ما يضعه من قواعد سلوك.

وعليه فإن دور المشرع سيكون في اقرار قواعد القانون الطبيعي في قوانينه الوضعية. فدوره إذن ليس بخلاق بل هو مقيد في عمله بقواعد تعلو عليه وهي قواعد القانون الطبيعي. وهذه القواعد هي ذات طبيعة واحدة وعالمية المحمل، لأنها وليدة العقل او "طبيعة الاشياء". واذا صادف ان اختلفت القوانين الوضعية في الزمان والمكان، فهذا يعني ان المشرعين في المجتمعات المتباينة لم يصلوا بعد الى درجة واحدة من الوعي لقواعد القانون الطبيعي، ليس غير. واذا حدث تعارض بين قواعد القانون الوضعي وقواعد القانون الطبيعي، فالنتيجة المنطقية لكل ما تقدم هو عدم التسليم بصحة القانون الوضعي المخالف للقانون الطبيعي الذي يجد فيه، في الحقيقة، اساس صحته ومنه ينحدر.

وهذه النتيجة ليست وليدة افكار مدرسة قانون الطبيعة والشعوب فقط، بل نجدها ايضاً عند القديس توما الاكويني. إلا ان الآثار العملية التي تترتب عليها قد اختلفت عبر القرون. فبينما يرى القديس توما الاكويني ان القانون الوضعي الذي يخالف القانون الطبيعي تجب طاعته، خشية الفوضى والاضطراب الذي قد يصيب المجتمع من جراء العصيان، نجد ان مفكري الثورة الفرنسية يعلنون، استناداً الى ذلك، حق مقاومة الطغيان الذي اعتبروه "حقاً طبيعياً" وفقاً للمادة الثانية من اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر في ٢٦ آب ١٧٨٩. اما المادة الخامسة والثلاثون من اعلان حقوق الانسان والمواطن التي تصدرت دستور ٢٤ حزيران ١٧٩٣ الفرنسي. فقد قالت: "حين تخرق الحكومة حقوق الشعب فان الثورة بالنسبة للشعب وبالنسبة لكل جزء من الشعب هي من

اقدس الحقوق ومن اكثر الواجبات لزوماً"[٢].

وبديهي ان تباين هذه الاحكام التي انطلقت من "المنطق" نفسه تفسرها الظروف التأريخية التي املتها في الواقع، فالقديس توما الاكويني حين لا يجيز العصيان والتمرد على السلطة التي تضع قوانين جائرة (اي مخالفة للقانون الطبيعي)، فان هذا التفكير طبيعي من ابن المجتمع الاقطاعي الذي يحتضن الفرد ويجعله جزءاً من كل.

اما مفكرو الثورة الفرنسية، فان اعلانهم حق مقاومة الطغيان تفسره رغبتهم في الاطاحة بقوانين كانت بالأمس جائرة لطبقتهم، فوجدوا في القانون الطبيعي خير عون لهم في هذا السبيل.

٤٥. القانون الطبيعي وحقوق الإنسان

واذا كان القانون الطبيعي وليد الطبيعة والعقل فهو يسبق في وجوده وجود المجتمع. الا ان كل قانون يقيم حقوقاً وواجبات، فالقانون الطبيعي سيقيم حقوقاً "طبيعية" للانسان تسبق في وجودها وجود المجتمع. وهذه الحقوق "الطبيعية" كان يملكها الانسان حين كان يعيش في حالة الطبيعة فهي ملازمة اذن لشخصه اي يملكها لأنه انسان. ولما كانت القوانين الوضعية تخضع، في الحقيقة، للقانون الطبيعي، فعليها اذن ان تضمن هذه "الحقوق الطبيعية" للانسان[١].

إلا ان هذه "الفلسفة" الفردية او الليبرالية تجد اساسها ايضاً في الفكر المسيحي في القرون الوسطى حين نودي بأن الانسان هو صورة الله وله روح خالدة وعلى المجتمع ان يضمن له سلامة روحه وبالتالي يكون في خدمته، ومن هنا جاءت أولوية الفرد على المجتمع. لكن الظروف التأريخية في العصور الوسطى لم تساعد على تفتح مثل هذه الفلسفة الليبرالية بحجة محاربة الكنيسة للكفر والزندقة، فلم يظهر هذا الجانب الليبرالي من الفكر المسيحي الا في عصر الاصلاح الديني.

وفي القرنين السابع عشر والثامن عشر نمت الطبقة البورجوازية في اوروبا واصبحت هي المسيطرة على وسائل الانتاج. الا ان وضعها الاقتصادي الممتاز لم يتناسب في ذلك الوقت (في ظل الحكم الملكي المستبد) مع وضعها الاجتماعي وبالتالي مع ضرورة حفظ سلامة افرادها وممتلكاتهم، فكانت نظرية القانون الطبيعي خير عون لها في ضمان هذه الحقوق الفردية "الطبيعية".

ولما كانت الثورة الفرنسية هي ثورة الطبقة البورجوازية، فلا عجب ان اعلان حقوق الانسان

---

(١) وفكرة "الحقوق الطبيعية للانسان" تجد اساسها الحقيقي عند الفيلسوف الانكليزي جون لوك (١٦٣٢-١٧٤٠) الذي ينطلق في كتابه "في الحكومة المدنية" (١٦٩٠)، من حالة الطبيعة والعقد الاجتماعي الذي يقيم المجتمع السياسي او الحكومة المدنية. وحالة الطبيعة التي يحكمها العقل، هي حالة الحرية الكاملة وحالة المساواة. فالعقل الطبيعي، يقول لوك "يعلم الافراد، إن ارادوا استشارته، بانهم متساوون ومستقلون جميعاً ولا يؤذي احدهم الآخر، فيما يتعلق بحياته، بصحته، بحريته وبماله".

و"حالة الطبيعة"، وهي الحالة البدائية، يوضع لها حد بالعقد الذي يبرم بين الافراد لإقامة المجتمع المدني. إلا ان هذا العقد الذي يبرم بين الافراد لاقامة السلطة لا يتضمن التنازل عن حريتهم الاولى المطلقة إلا بالقدر الذي لم يعد يتلاءم مع اقامة النظام الاجتماعي، اما ما عدا ذلك فيحتفظ الافراد بما بقى من حريتهم وحقوقهم الطبيعية.

فالحقوق الفردية هي، اذن، حرية الافراد الطبيعية التي يحتفظون بها في الحالة المدنية اي بعد اقامة الدولة. والحقوق الفردية، البقية المتبقية من حريات الافراد الاصلية، غير مدينة اذن للدولة لا في اصلها ولا في مضمونها، فهي سابقة على وجود الدولة وبالتالي يمكن التمسك بها تجاهها.

وعليه فان واجب الدولة سيكون في احترام هذه الحقوق اولاً، وضمان ممارستها ثانياً.

(حول مذهب لوك، انظر: منذر الشاوي، الدولة الديموقراطية، المرجع السالف الذكر، ص٧٩ وما بعدها).

والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ ينص في مادته الثانية على ان "هدف كل جماعة سياسية هو حفظ حقوق الانسان الطبيعية والتي لا تسقط".

ولا عجب ايضاً اذا حددت الفقرة الثانية من المادة نفسها هذه "الحقوق الطبيعية" بأنها: "الحرية، الملكية، السلامة الشخصية ومقاومة الطغيان". وكذلك فقد اكدت المادة الاولى من اعلان حقوق الانسان والمواطن الذي تصدر دستور ١٧٩٣ أن "هدف المجتمع هو سعادة الكل والحكومة تقام لأجل ان تضمن للانسان التمتع بحقوقه الطبيعية والتي لا تسقط". وتحدد المادة الثانية من الاعلان نفسه هذه الحقوق فتقول بأنها "...المساواة، الحرية، السلامة الشخصية والملكية".

وبناءً عليه، فان هذه الحقوق ليست بالطبع بالشكل الذي صور اي انها وليدة "العقل المجرد" بل وليدة ظروف ومصالح طبقية معينة استخدمت العقل لتبريرها وتأكيدها، كما استخدمت الفلسفة المدرسية العقل لتبرير الايمان الديني وتأكيده[1].

ثانياً- نقد المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي

٤٦. الأساس الميتافيزيقي للقانون الطبيعي

يقول دعاة المفهوم التقليدي ان قواعد القانون الطبيعي هي قوانين طبيعية لكنها تحكم تصرفات الافراد في المجتمع اي انها قواعد قانونية. لكن اليس في هذا القول خلط بين ماهو كائن وبين ما يجب ان يكون؟

فالطبيعة (وبالتالي قوانينها) هي مجموعة ظواهر او وقائع مرتبطة فيما بينها برابطة السبب والنتيجة اي يحكمها قانون السببية. اما القواعد القانونية فتتضمن ما يجب ان يكون عليه التصرف البشري او سلوك الافراد في المجتمع، فهي قواعد وضعية، اي وضعتها ارادة بشرية ارادت ان تحدد السلوك البشري باتجاه معين (تجيز او تمنع في ظرف معين تصرفاً معيناً).

وبناءً عليه فالقوانين الطبيعية التي هي جزء من الطبيعة او حصيلة هذه الطبيعة لا يمكن ان تتضمن ما يجب ان يكون (بل فقط ما هو كائن)، لأنها لا تصدر عن ارادة بشرية اي هي ليست بقواعد او سنن وضعية. فاذا اريد اذن ان تحكم القواعد الطبيعية سلوك الافراد في المجتمع، فيجب

---

(١) ويلاحظ الاستاذ كاستبيرك، ان نظرية القانون الطبيعي اتجهت منذ الثورتين الاميركية والفرنسية اكثر نحو حقوق الفرد بدلاً من ان تكون مجموعة سنن قانونية موضوعية واصبحت بذلك "نظرية حقوق Theory of Rights" اكثر من كونها "نظرية قانون Theory of Law". (انظر: كاستبيرك، فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص٩٧).

وفي اشارة الى "الاعلان العالمي لحقوق الانسان" عام ١٩٤٨، يقول العميد جورج ريبير: "كان جهداً الادعاء بالوضعية والسخرية من القانون الطبيعي. ان علماء الاجتماع في القرن العشرين الذين يفتخرون بانهم رجال علم، هم من الحالمين. فهم يقيمون على منصة الامم المتحدة انساناً معافى يأخذ من الراحة للتمتع باوقات الفراغ وبالفنون، متسامحاً وطيب، مؤدباً ومثقفاً بما فيه الكفاية لكي يسهم في التقدم العلمي. وقد نسوا، بكل بساطة، ان بين البشر صماً وعماة ومجرمين واغبياء، وينسون ايضاً ان الحضارة العلمية صنعت معوقين ومشوهين وان الحروب العلمية سببت كثيراً من الضحايا والكوارث لم تكن معهودة في اي وقت مضى... ان الانسان المتسامح والطيب الذي سبق ان التقيناه في كتابات فلاسفة القرن الثامن عشر، كان كمن يخرج من ايدي الطبيعة وقد افسدته الحضارة. ويخبرنا فلاسفة القرن العشرين بان الانسان كان سيئاً بالولادة، بينما جعلته التربية العلمية جيداً. اسطورة تلاحق اسطورة. فقط التعابير قد قلبت".

(ريبير: القوى الخلاقة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص ٣٠٠-٣٠١).

ان تصدر عن ارادة خلاقة. وهذه الارادة الخلاقة لا يمكن الا ان تكون ارادة الله خالق الطبيعة. لكن اذا كان الامر كذلك فمعنى هذا ان قواعد القانون الطبيعي ستقام على اسس لا عقلية وميتافيزيقية، وهذا ما يخالف منطلقات مذهب القانون الطبيعي[1].

وعليه فلأجل تجاوز هذا التناقض الذي وقع فيه مذهب القانون الطبيعي، يجب ان نسلم بان القواعد التي تحكم تصرف البشر اي قواعد القانون الطبيعي قد وضعتها ارادة عليا اي ناجمة عن ارادة الله.

فما دامت القواعد التي تحكم سلوك الافراد تستنبط من الطبيعة او تفرضها "طبيعة الاشياء"، فمعنى هذا ان الطبيعة ستكون المشرع الاعلى. واذا كان الامر كذلك، فهذا يعني ان الطبيعة لها ارادة وادراك، بل لها هدف وغاية، وهذا لا يمكن ان يتحقق الا اذا افترضنا انها من خلق ارادة عليا : ارادة الله.

فالقانون الطبيعي، او قانون الطبيعة، لن يكون عند ذاك الا القانون الالهي، القانون الذي اراده الله خالق الكون والطبيعة. وبناءً عليه فان مذهب القانون الطبيعي لكي يكون منطقياً مع نفسه، لا يمكن الا ان يكون ذا صفة دينية وبهذا فان القديس توما هو اكثر منطقية في هذا من مدرسة قانون الطبيعة والشعوب.

والصفة الدينية للقانون الطبيعي (باعتبار ان القانون الطبيعي هو القانون الالهي الخالد) تستطيع وحدها ان تبرر كيف ان الانسان يملك حقوقاً "طبيعية" و "مقدسة". فالله وحده يستطيع ان يمنح الانسان مثل هذه الحقوق ويعطيها صفة القدسية وليس لان الانسان جاء بها من "حالة الطبيعة". نعم هو يملكها من الطبيعة، لكن الطبيعة التي خلقها الله وليس الطبيعة كفرضية "منطقية" وجدت قبل وجود المجتمع. فكل قانون طبيعي اذن هو قانون الهي وان حاول بعض انصاره اعطاءه صبغة عقلية او ان يبنوه على اساس العقل، الا انها محاولة علمية زائفة في الحقيقة. وهذا ما يؤكده الاستاذ كلسن حين يقول: "كل مذهب للقانون الطبيعي هو ذو صفة دينية الى حد ما، لكن معظم انصاره، وبالاخص اكبرهم، يهدفون الى التفرقة بين القانون الطبيعي والقانون الالهي والى اقامة اساس نظريتهم على الطبيعة كما يقرها العقل البشري. فهم يريدون استنباط القانون الطبيعي من العقل البشري (الا انهم) بهذا يعطون نظريتهم صفة عقلية زائفة"[2].

٤٧ . التعارض بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي

ان ما يميز فكرة القانون الطبيعي، كما رأينا، هو الموضوعية والثنائية. ولنسلم جدلاً بموضوعية القانون الطبيعي، الا ان الثنائية تعني وجود نوعين من الانظمة القانونية المتدرجة: القانون الطبيعي والقانون الوضعي.

والقانون الطبيعي بالنسبة لدعاته هو مثال القانون الاكمل، في حين يكون القانون الوضعي قانوناً غير كامل. واذا كان الأمر كذلك، فهذا يعني انتفاء ضرورة القانون الوضعي او انتفاء سبب وجوده. فما الفائدة من وجود قانون ناقص ومتغير بجانب قانون كامل وثابت وهو القانون الطبيعي؟

---

(١) في الحقيقة ان هذه النتيجة "المنطقية" تتمشى مع الاساس الذي قدمه القديس توما الاكويني لفكرة القانون الطبيعي، الا انها لا تتمشى مع الاساس الذي قدمه كروسيوس ومدرسته لفكرة القانون الطبيعي.

(٢) كلسن: النظرية المحضة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص ٨٧.

إلا إن القانون الوضعي موجود حقيقة وفعلاً ، ووجوده يعني وجود جهاز ردع يصاحبه بغية السهر على تطبيقه. وما دام الأمر كذلك فهذا يعني منطقياً وواقعياً ان الانسان الذي يوجه له الردع هو ذو طبيعة فاسدة او منحرفة او هي ليست الكمال المطلق. لكن لما كان القانون الطبيعي يستنبط، حسبما يدعي انصاره، من طبيعة الانسان، فمعنى هذا ان القانون الطبيعي لن يكون الكمال بعينه، لأن طبيعة الانسان غير كاملة.

وعندها نكون امام التناقض التالي: ان القانون الطبيعي يستنبط من طبيعة الانسان، لكن طبيعة الانسان غير كاملة، ومع هذا فان القانون الطبيعي قانون كامل!

ولأجل تجاوز هذا التناقض، يفترض (بل يجب ان يفترض) انصار مذهب القانون الطبيعي ان طبيعة الانسان مكتملة لكي يستنبط منها قانون مكتمل: أي القانون الطبيعي. فهم يستنبطون القانون الطبيعي لا من الطبيعة الحقيقية للانسان بل مما يجب ان تكون عليه هذه الطبيعة، اذن من طبيعة مفترضة يرتبون عليها قانوناً مفترضاً الا وهو القانون الطبيعي.

لكن لنفرض ان القانون الطبيعي هو قانون كامل حقيقة وفعلاً والقانون الوضعي هو قانون غير كامل ويخضع له، فالنتيجة المنطقية التي تترتب على هذا هو ان القانون الوضعي سيستمد صحته وقوته الملزمة من القانون الذي يعلو عليه وهو القانون الطبيعي. وعليه فان اي تعارض بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي يجب ان يؤدي الى الغاء القاعدة القانونية الوضعية التي تتعارض مع قواعد القانون الطبيعي. لكن انصار القانون الطبيعي لم يسلموا بهذه النتيجة المنطقية، بل حاولوا التخلص من هذا المأزق بشتى الطرق.

فقد قال البعض منهم باستحالة مثل هذا التعارض. وقد سلم البعض الآخر بامكان حدوث مثل هذا التعارض بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي، الا انه تعارض استثنائي جداً ونادر الحدوث بحيث لا يؤثر في صحة القانون الوضعي، ثم اريد تغليب القانون الوضعي على القانون الطبيعي فقالوا ان التعارض بينهما معناه وجود تعارض في الافكار حول مضمون القانون الطبيعي بصدد حالة خاصة. ولما كان الحكام (القابضون على السلطة) هم الذين يضعون او يطبقون قواعد القانون الوضعي، فالأمر منوط بهم لحل مثل هذا النزاع ولا يعود للافراد الذين يدعون عدم مطابقة قاعدة من قواعد القانون الوضعي للقانون الطبيعي[1].

---

(١) انظر حول محاولات انصار القانون الطبيعي للتخلص من التعارض المحتمل بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي:كلسن، النظرية المحضة للقانون، ص٩٠، والمراجع التي اشار اليها. ويرى الاستاذ كلسن ان التسليم بوجود القانون الطبيعي،اي بوجود قواعد تسبق في وجودها قواعد القانون الوضعي، يعني ان لا قيمة للقانون الوضعي في مواجهة القانون الطبيعي: القانون الحقيقي الوحيد. إلا ان انصار القانون الطبيعي يؤكدون ضرورة القانون الوضعي وحاولوا ازالة كل تنازع بين النظامين، وبالتالي فانهم يكونون قد تجاهلوا خصوصية كل منهما، وبرروا، في الواقع قيمة القانون الوضعي. فهناك عدم توافق بين نظامين منفصلين وتناقض محتمل بينهما.

(انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص ٢٢٣-٢٢٤).

ويرى العميد ريبير ان " الرغبة في التعارض بين القانون المثالي (القانون الطبيعي) والقانون الوضعي تؤدي الى الاعتراف بدونية القانون المثالي، فالاثنان لهما صفة القانون، وان القانون الوضعي له، تجاه الآخر، ميزة القوة. ولكي يستطيع القانون المثالي، بالرغم من هذه الدونية، الادعاء بالعلوية على القانون الوضعي،يتوجب ان لا يكون له نفس المصدر، لكن طالما جعلناه ينحدر من العقل البشري، فانه يحمل معه عيب بشريته. ولا ارى ما يمكن ان يميزه عن هذا العقل البشري الذي يشرع او يحكم ".

G.Ripert: La règle Morale dans les Obligations Civiles. 4e éd. PARIS.L.G.D.J. 1949.P.408)

الفصل الثاني
الأساس الحديث للقانون الطبيعي

٤٨ . طرح المشكلة وخطة

وامام التناقضات التي وقع فيها مذهب القانون الطبيعي بمفهومه التقليدي، حاول بعض الفقهاء، في القرن العشرين، تجاوز هذه التناقضات. وخيل لهم ان ذلك غير ممكن إلا باعادة النظر في المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي، فكانت "حركة احياء او بعث القانون الطبيعي" التي يمكن اعتبارها اساساً حديثاً للقانون الطبيعي.

وقد تجلت حركة احياء القانون الطبيعي في ثلاثة اتجاهات او مذاهب رئيسة.

ويجد المذهب الاول اساسه او منطلقه في القانون الوضعي ليصل منه الى تحديد "علمي" لمبادئ القانون الطبيعي.

والمذهب الثاني او المحاولة الثانية لاحياء القانون الطبيعي، يتضمن عودة الى المفهوم الكلاسيكي للقانون الطبيعي مع محاولة تحديد المبادئ التي يتضمنها هذا القانون الطبيعي.

اما المذهب الثالث فقد اراد ايجاد قانون طبيعي اكثر مرونة في مضمونه وذلك انطلاقاً من فكرة العدالة او "القانون العادل" الذي نادى به الفقيه الالماني ستاملر.

وفيما يلي عرض لهذه المذاهب الثلاثة مع تقييم لكل واحد منها.

§١- مذهب القانون الطبيعي العلمي

٤٩ . عرض المذهب

في المحاولة الاولى للتخلص من التناقضات التي وقع فيها الفكر التقليدي للقانون الطبيعي، يُؤكد القانون الوضعي باعتباره المنطلق الاساس للقانون الطبيعي. فالقانون الطبيعي سيكون جزءاً اساسياً من القانون الوضعي، لا لأن المشرع الوضعي مرغم على ترجمته في قواعده وبالتالي مقيد به، بل لأنه الجزء من القانون الوضعي الذي يتمشى مع العقل وطبيعة الاشياء.

وعليه فان ما نسميه بالقانون الطبيعي هو ذلك الجزء من القانون الوضعي الذي يظهر متمشياً مع طبيعة الاشياء ومع العقل، وبالتالي فهو احد العناصر الاساسية للقانون الوضعي[١].

---

(١) Cf.G.Aillet. De la Signification Méthodologique de lidée de Droit naturel. Arch.de philo. du Droit . No 3- 4. 1933.p39.

وعليه فإن اشتقاق القانون الطبيعي سيكون من القانون الوضعي اي من مجموعة القواعد التي تحكم وتنظم التصرفات البشرية. وهذا الاشتقاق سيتم عن طريق العقل، بهذا المعنى فإن كل ما يتمشى مع العقل (وطبيعة الاشياء) من قواعد القانون الوضعي سيكون، في الحقيقة، قانونا طبيعياً. فالقانون الطبيعي هو، إذن، نتيجة "لتعقيل" القانون الوضعي واستخراج كل ما من شأنه ان يصح في الزمان والمكان ويقبله الجميع. وهذا المجهود العقلي في استخراج القانون الطبيعي او اكتشافه سيوصلنا الى نوع من "القانون العلمي" الذي سيكون هو، في الحقيقة، القانون الطبيعي.

بناءً عليه فان اي تعارض لن يحدث بعد الآن بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي، لان هذا الاخير ليس إلا القانون الوضعي "المعقل". والقانون الطبيعي في هذا التصور سيحتفظ بموضوعيته لأنه الجزء من القانون الوضعي الذي يتمشى مع العقل وطبيعة الاشياء.

٥٠. تقدير المذهب

إلا ان هذا الادراك للقانون الطبيعي، وذلك باكتشافه انطلاقاً من مواقف المشرع الوضعي (من القانون الوضعي) اي من القواعد التي يمكن ان تنال الرضى الجماعي وبالتالي يمكن ان تصح للعديد من البلدان في فترة معينة، لايعني انه يشكل، كما لاحظ الاستاذ رُوبية[٢]، احياء لمذهب القانون الطبيعي. فالطريقة المقارنة التي تستخدم لايجاد نوع من التشريع المشترك بين الانظمة القانونية المختلفة، او بعبارة أدق لايجاد نظام قانوني مشترك، يلجأ اليها عدد من القانونيين الذين لا يمكن ان نقول انهم من انصار القانون الطبيعي، بل هم، وباعترافهم، يمكن ان يكونوا خصوماً لهذا المذهب.

ان هذا الاتجاه في ايجاد "القانون الطبيعي" انطلاقاً من القانون او القوانين الوضعية عن طريق البحث العلمي (اي العقلي) يخالف في الحقيقة منطلق مذهب القانون الطبيعي، فبعث القانون الطبيعي سيكون من القانون الوضعي (كل ما يكون من القانون الوضعي ذو قيمة عقلية، وبالتالي موضوعية وعمومية هو قانون طبيعي) في حين ان مذهب القانون الطبيعي يتضمن اولوية القانون الطبيعي وعلويته على القانون الوضعي. ان فكرة القانون الطبيعي تتضمن ان القانون الطبيعي وجد اولاً ثم القانون الوضعي، وليس العكس.

بناءً عليه فان منطق مذهب القانون الطبيعي، بل منطلقه، يتضمن الثنائية الخالدة، الثنائية التي تتضمن التدرجية (وبالتالي اولوية القانون الطبيعي على القانـون الوضعي، ومن ثم استقلال مصدر القانـون الطبيعي) بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي، وهو أمر لم تتضمنه هذه المحاولة في احياء القانون الطبيعي.

٢§- مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد

٥١. عرض المذهب

ولذلك فان المحاولة الثانية لاحياء القانون الطبيعي، هي أقرب الى منطق مذهب القانون الطبيعي واكثر تمشياً مع منطلقاته.

---

(٢) رُوبية: النظرية العامة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص ١٨٨.

فبالنسبة لها ان القانون الطبيعي ذو وجود مستقل (موضوعي) عن القانون الوضعي وذو مضمون محدد، فالقانون الطبيعي لن يكون الا مجموعة "مبادئ عليا لايمكن المساس بها" يفرضها العقل، فسيسترجع القانون الطبيعي، في هذا المنظور للأمور، علويته التقليدية ومهمته الخالدة التي تتضمن رقابته على القانون الوضعي.

فانطلاقاً من هذه المبادئ العليا نستطيع ان نحكم بعدالة مايضعه المشرع من قواعد او عدم عدالته. وبناءً عليه فان مباديء القانون الطبيعي او قواعده لكي تؤدي غايتها المرجوة في الرقابة على القانون الوضعي بغية تحقيق عدالة هذا القانون، لايمكن، بل لا يراد، تحقيقها في قواعد القانون الوضعي.

فهي مبادئ أساسية عليا وخالدة ولابد للانسان منها (حيث يفرضها عقله) بغية تحقيق عقلانية القانون الوضعي اي عدالته. فالقانون الطبيعي، بهذا المعنى، لا يخلو من بعد اخلاقي بمعنى انه يلعب دوراً في تحقيق "اخلاقية" القانون الوضعي.

٥٢. تقدير المذهب

إلا ان العيب الذي يعتري هذا المفهوم للقانون الطبيعي يكمن في تحديد عدد المبادئ العليا الثابتة والخالدة التي تكوّن مضمون القانون الطبيعي.

إلا ان انصار هذا المفهوم للقانون الطبيعي اختلفوا في تحديد عددها. وهذا الاختلاف في حد ذاته لا يمكن الا ان يكون عنصر ضعف في هذا المفهوم، بمعنى انه يترك المجال واسعاً للذاتية والتصور الفردي.

ومع هذا فقد قيل ان هذه المبادئ أو القواعد التي تكون مضمون القانون الطبيعي بمفهومه الجديد هي : احترام شخص الانسان، الالتزام بالوعد المعطى، الالتزام بتعويض الضرر المسبب دون وجه حق، احترام العائلة، احترام الملكية واحترام السلطة العامة اي الدولة.

إلا انه اذا كانت المباديء الثلاثة الاولى هي قواعد، فان العائلة، الملكية والدولة ليست إلا مؤسسات اجتماعية، اقتصادية وسياسية.

واذا كان الامر كذلك، فان امر تحديدها لا يعود الى العقل المجرد، بل الى التجربة، والى التأريخ. فالانسان قد عرف هذه المؤسسات منذ القدم ووعى اهميتها عبر التجربة والتأريخ دون ان يفرضها المنطق او العقل.

وحتى اذا سلمنا بان هذه المؤسسات هي من القانون الطبيعي، فانها مع هذا (والتجربة تثبت ذلك) لا تتمتع بالخلود والثبات الذي تتمتع به ومبادئ القانون الطبيعي.

وعليه فإن مبادئ القانون الطبيعي او قواعده كما تحددها هذه المحاولة الثانية لاحياء فكرة القانون الطبيعي، هي إما مؤسسات فرضتها التجربة والتأريخ لا العقل وإما هي قواعد او مبادئ يصعب الاتفاق عليها.

٣§- مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

٥٣ . عرض مذهب ستاملر

وامام هذه الانتقادات التي توجه الى القانون الطبيعي باعتباره ذا مضمون ثابت ومساوٍ دائماً لنفسه في الزمان والمكان، حاول الفقيه الالماني رودولف ستاملر (١٨٥٦-١٩٣٨) ان يعطي مفهوماً جديداً للقانون الطبيعي.

فبالنسبة له ان القانون الطبيعي هو "القانون العادل" اي القانون الذي يحقق مثلاً اجتماعياً معيناً. وعليه فان المضمون الجديد للقانون الطبيعي سيكون مضموناً متغيراً. ولذلك اطلق على محاولة ستاملر في احياء القانون الطبيعي اسم "القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير".

لكن العدالة وان كانت في ذاتها متغيرة عبر الزمان والمكان (فما كان عادلاً بالأمس لايمكن ان يكون كذلك اليوم)، فإن "مثل العدالة" يبقى خالداً وثابتاً بالنسبة للانسان، لأن فكرة العدل تعيش دائماً في قلب الانسان.

وانطلاقاً من هذا يمكننا أن نحكم على مدى عدالة التنظيمات الوضعية اي على القانون الوضعي، بناءً عليه فإن مفهوم القانون الطبيعي بالنسبة لستاملر هو، في الحقيقة، متغير وثابت في الوقت نفسه وذو "وجود" مستقل عن القانون الوضعي، فهو متغير لأن مفهوم العدالة متغير ونسبي، وهو ثابت لان فكرة العدالة في ذاتها ثابتة، ولأن التحسس بالعدل (او عدم العدل) ملازم لطبيعة الانسان. والقانون الطبيعي مستقل عن القانون الوضعي لأن فكرة العدالة او "القانون العادل" تمكننا من تقييم مدى عدالة القوانين الوضعية.

٥٤ . تقدير مذهب ستاملر

لكن يمكن ان نتساءل هل ان مفهوم ستاملر للقانون الطبيعي بقي في حدود فكرة القانون الطبيعي كما تحدد معناها منذ القرن السابع عشر؟

الجواب: كلا. فما يراد بالقانون الطبيعي في مفهومه التقليدي هو مجموعة القواعد الثابتة التي يفرضها العقل، عالمية في محملها وقانونية في صفتها.

الا ان ستاملر لا يقدم لنا الا "قانوناً" طبيعياً يقوم على فكرة العدالة التي هي ليست الا فكرة او مثلاً اخلاقياً وليست قانوناً. وفي هذا مخالفة لمنطلقات مدرسة قانون الطبيعة والشعوب التي فصلت، كما رأينا، بين القانون والاخلاق. بناءً عليه فإن مفهوم ستاملر هو ليس في الخط العام لمذهب القانون الطبيعي، ولذلك فليس من المستغرب ان نرى اعنف الانتقادات قد وجهت له من قبل انصار مذهب القانون الطبيعي انفسهم.

فلم يتورع الاستاذ جورج رنار من وصف مفهوم ستاملر للقانون الطبيعي بانه "قنينة فارغة قد زينت بعلامة جميلة"(١).

---

(١) G.Renard: Le droit, L'ordre et la Raison , P100 cité Par Roubier, op. cit. p.197.

الفصل الثالث
ظاهـرة القانـون الطبيعـي

٥٥ . طرح المشكلة وخطة

للقانون الطبيعي تأريخ طويل. وهذا التأريخ ينبأ بان فكرة القانون الطبيعي تشكل " ظاهرة " بالمعنى الدقيق للكلمة. فمنذ العصور الوسطى، حيث اتضحت معالم هذه الفكرة مع القديس توما الاكويني، الى عصر النهضة والاصلاح الديني، الذي تمخض عن " علمنة " القانون الطبيعي على يد روسيوس (مؤسساً بذلك مدرسة قانون الطبيعة والشعوب) زاد الايمان بالقانون الطبيعي وزاد المدافعون والمنظرون لهذه الفكرة. وبرزت اهمية أو هيمنة القانون الطبيعي قبيل الثورة الفرنسية واكتسحت الساحة الفكرية القانونية بعد هذه الثورة ولأمد طويل.

وبتطور الظروف والافكار اصاب فكرة القانون الطبيعي الافول، إلا انها بقيت حية في النفوس. وبين المد والجزر تبقى فكرة القانون الطبيعي ماثلة في نفوس اهل الفكر والقانون بحيث ان ديمومتها ورجوعها الخالد لاشك فيه كظاهرة "طبيعية".

وبالرغم من الانتقادات الحادة التي وجهت لفكرة القانون الطبيعي بمفهومها التقليدي والحديث، فان القانون الطبيعي كان ومايزال يحتفظ بانصار عديدين. لذلك حاول بعض الفقهاء وعلماء الاجتماع تفسير "ظاهرة" الايمان او الاعتقاد بالقانون الطبيعي.

ولكي ندرك حقيقة هذه الظاهرة، علينا ان نعرض، اولاً، تأريخ ظاهرة القانون الطبيعي، بمعنى ان نسلط الاضواء، قدر المستطاع، على "صيرورة" ظاهرة القانون الطبيعي. ونحاول، بعد ذلك، تقديم "تفسير" لظاهرة القانون الطبيعي.

§١- صيرورة ظاهرة القانون الطبيعي

٥٦ . صعود ظاهرة القانون الطبيعي

اذا استثنينا المذهب اللاهوتي للقديس توما الاكويني، فإنه يمكن القول أن نشأة مذهب القانون الطبيعي مدينة بوجودها الى الثورة الفكرية والسياسية والاجتماعية التي صاحبت عصر النهضة والاصلاح الديني في اوروبا. وربما تكون نقطة البداية لنشأة مذهب القانون الطبيعي حين انفصل القانون عن اللاهوت وحين أريد له الوقوف بوجه طغيان الامراء. فكان المطلوب مذهباً لايدين بوجوده لارادة الهية، ولا لارادة بشرية، فكان العقل كاشفاً لهذا القانون في الطبيعة.

لذلك فان كَروسيوس حين "علمن" القانون الطبيعي، لم يجد سنداً له إلا في العقل البشري. وميز بفاندروف بوضوح بين اللاهوت الذي يخاطب المؤمن وبين "القانون" الذي يخاطب الانسان.

وقد تم اغناء مذهب القانون الطبيعي بمساهمات فكرية مهمة: العقلانية عند ديكارت (١٥٦٩-١٦٥.) والحقوق الفردية عند لوك، فكرة النظام الطبيعي عند الفيزيوقراط وفكرة العقد الاجتماعي عند روسو[١]، والمواقف اللادينية لفلاسفة الموسوعة.

ويمكن القول أن أياً من دعاة الفلسفة السياسية، في القرن الثامن عشر، لم يتخلص من تأثير هذه الافكار[٢]، وعاش هذا القرن على الايمان بالنظام الطبيعي الذي يكتشف العقل قوانينه.

ثم تجيء الثورة الفرنسية وتحاول اقامة التشريعات فتجد القوانين الطبيعية تعبيرها في المشروع الاول للمدونة المدنية حيث اعترف واضعه بقدسية العقل وبأنه قوة عليا يجب الانحناء امامها[٣].

صحيح ان مدونة نابليون الصادرة عام ١٨٠٤ لم تتضمن أية اشارة لافكار فلسفية[٤] بحكم طبيعة اعضاء اللجنة التي اعدتها (حيث كانوا من المحامين والقضاة) الأمر الذي ادى الى رفع المادة الاولى من مشروع المدونة الذي يعلن صراحة بوجود القانون الطبيعي[٥]، إلا ان الكل في ذلك الوقت كان يؤمن بهذا القانون الطبيعي.

فقد اصبح مذهب القانون الطبيعي، في القرن التاسع عشر، المذهب المفضل لمجتمع تسوده الفردية الليبرالية والاخلاص لمبادئ الثورة الفرنسية. فطيلة هذا القرن كان مذهب القانون الطبيعي محل تأكيد على المنابر البرلمانية وفي نقابات المحامين، وفي خطب المناسبات القضائية وفي الخطب الرسمية. وفي عام ١٨٤٨ اعتبرته اكاديمية العلوم الاخلاقية مذهباً للدولة الفرنسية. وهذا الجو المؤمن بمذهب القانون الطبيعي ترك بصماته على المؤلفات والموسوعات القانونية.

---

(١) حول مذهب روسو، انظر: منذر الشاوي، الدولة الديموقراطية، المرجع السالف الذكر، ص ٩٨ وما بعدها.

(٢) ويقول مونتسكيو "أن القانون، بصورة عامة، هو العقل الانساني... والقوانين السياسية والمدنية لكل أمة لا يمكن ان تكون غير حالات خاصة حيث يطبق هذا العقل الانساني". (روح القوانين، الكتاب الاول، الباب الثالث).

(٣) انظر: ريبير: القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية، المرجع السالف الذكر، ص ١٢-١٣.

(٤) حول مدونة نابليون، انظر: منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، المرجع السالف الذكر، ص ١١٢-١١٣.

(٥) وكانت تنص على انه "يوجد قانون عالمي وثابت، مصدر لكل القوانين الوضعية. فهو ليس إلا العقل الطبيعي الذي يحكم كل البشر".

فمؤلفات فلسفة القانون، تأثر واضعوها، من قريب او بعيد، بفكرة القانون الطبيعي. يكفي ان نذكر المعروفين منهم: شارل بُدا، بواتيل وفاريّ سومبير[1].

اما بالنسبة لأهل القانون فليس لهم، كما يقول العميد ريبير، "إلا ان ينصتوا الى العقل الذي يحكم على القوانين البشرية، يقود تفسيرها، يسد قصورها (و) اذا لم يتضمن القانون الوضعي اية قاعدة فستكون الاستعانة بالقانون الطبيعي، واذا كانت القاعدة القانونية مخالفة لمبادئ هذا القانون، فليس لها إلا ان تختفي، لأن العدالة تدينها"[2].

وهذه الافكار نجدها عند العديد من كتاب القانون المدني، فالعميد دمولومب يرى في القوانين الوضعية تكريساً للقواعد الكبرى للانسانية. أما بواتيل، فانه يصنف في كتابه "محاضرات في فلسفة القانون" الواقع بجزئين (١٨٩٩) المؤسسات القانونية ويبدي حكمه فيها وفقاً لانسجامها مع القانون الطبيعي. ويعتبر شارل بُدا، في كتابه "القانون الفردي والدولة (١٨٩١)" ان دراسة القانون الطبيعي مقدمة لدراسة القانون الوضعي. وذات الاتجاه نجده في المطولات الكلاسيكية الحديثة لكبار فقهاء القانون المدني، فهذا بلانيول، يقول، في مطوله للقانون المدني: "...اذا كان القانون الطبيعي محدوداً في موضوعه، فانه عالٍ في مركزه"، لأنه "القاعدة العليا للتشريع"، واذا انحرف عنه المشرع، فإنه يكون "قد اقام قانوناً رديئاً وغير عادل"[3].

٥٧ . أفول ظاهرة القانون الطبيعي

وبعد هذه الموجة الكاسحة، شهدت ظاهرة القانون الطبيعي افولاً واضحاً، فلم يعد الايمان قوياً بالمثالية القانونية التي وجدت تعبيرها في القانون الطبيعي، فالعقلية "الوضعية" التي اكتسحت بدورها التفكير القانوني، انجبت "واقعية قانونية" تجلت خاصة في المذهب الوضعي القانوني. وهذه "الوضعية القانونية" حملت العديد من الاجيال القانونية على الاعتقاد بأن القانون، كل القانون، هو في القانون الوضعي، بمعنى ان هناك تطابقاً بين القانون والنظام القانوني الوضعي.

واكثر من هذا، فإن المؤمنين بالمنهج الوضعي وبالفلسفة الوضعية من اهل القانون والفكر اعتقدوا بأن اساس القانون هو في المعطيات التي يقرها علم الاجتماع.

وفي هذا التصور يمكن القول انه في مقابل "القانون الطبيعي" يوجد "القانون الاجتماعي" الذي يقوم على معطيات اجتماعية تدرس بروح وضعية اي "علمية".

وفي هذا السياق يندرج تأثير المدرسة التأريخية في أفول ظاهرة القانون الطبيعي. حقيقة ان المدرسة التأريخية الالمانية (التي ترى في القانون، ظاهرة اجتماعية لا يخلق قصداً بل ينشأ تلقائياً) لم تجد اصداءً كبيرة في الفكر القانوني الفرنسي، إلا ان الكثيرين من القانونيين المعاصرين لم ينجوا من تأثير هذه المدرسة، بسبب ما اغترفوه من علم القانون الالماني.

---

(١) انظر قائمة الاسماء ومؤلفاتهم، في: ريبير، القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية، ص ١٤، هامش ٥.

(٢) ريبير: القاعدة الاخلاقية، ص ١٥.

(٣) انظر: ريبير، المرجع السالف الذكر، ص ١٤-١٦.

ولذلك فإن الروح التي اوجدتها المدرسة التأريخية ادت الى التخلي عن الايمان بقانون طبيعي عالمي وثابت، كما صورته "العقلانية" الفرنسية[1].

ورغم ذلك، فإن محاولات لإحياء القانون الطبيعي بوجه او تصور جديد لم تفقد في فرنسا وحتى في المانيا.

فهذا الفقيه الالماني ستاملر، ألم يحاول التوفيق بين فكرة القانون الطبيعي وفكرة التطور التي تنادي بها المدرسة التأريخية؟ فكان مفهومه عن "القانون العادل"، الثابت والعام، الذي اراد تطبيقه على مادة متغيرة حكمتها الظروف التأريخية، قانوناً طبيعياً "ذا مضمون متغير".

إلا ان الأصل في "القانون المثالي" هو ان يكون قاعدة للتوجيه وتبريراً للطاعة، بينما "القانون العادل" مرن ويحتضن القواعد القانونية بدلاً من ان يهيمن عليها، الأمر الذي يؤدي الى التطابق بين ما هو كائن وما يجب ان يكون. "اي مسخرة واي اعتراف بالضعف، يقول العميد اوريُو، مثل اعلى متغير وبالتالي نسبي بينما يجب ان يكون مطلقاً بالتعريف... فالعقلية التطورية اصابت بضربة قاتلة مذهب القانون الطبيعي".

وهذا "القانون العادل" ذو المادة المتغيرة ترك في نفوسنا خيبة أمل هائلة، يقول العميد جني[2].

إلا ان هذا الفقيه الكبير لم يتخل عن القانون الطبيعي الذي اعتقد بانه قد شُوه، فاراد اعطاءه حياةً جديدة. ولهذا فقد نادى العميد جني بقانون طبيعي "لا يتزعزع Irréductible" وله الهيمنة على الاعداد "العلمي" للقانون الوضعي.

لكن ماهو هذا القانون الطبيعي الذي لا يتزعزع؟

انه في فكرة العدالة عند جني. وعندها يتوجب ان نعي تماماً فكرة العدالة. إلا ان عوق العقل البشري يحول دون ذلك، كما يقول العميد ريبير الذي يضيف: "وعند ذاك يتوجب اللجوء الى الحدس... ليقود الادراك. (و) لكي لا يكون هذا الحدس مجرد ايمان فردي يتوجب البرهنة على انه، في كل الاديان وفي كل الفلسفات ملتقى مشترك لافكار وقواعد... حقيقة ان الاستاذ جني لا يخفي معتقداته الشخصية عن العالم والحياة، التي وحدها يمكن ان تكون الكلمة الاخيرة في المشكلة، لكن لاجل ان يضم الى قانونه عدداً كبيراً من الانصار، فإنه لم يوفق في فرض الايمان به واعتبر (الفلسفة) البركسونية سنده المفضل"[3].

وما تقدم يظهر لنا ان القانون الطبيعي "ظاهرة" عاشت فترة مد وصعود لقرون، وعانت، بعد هذا العمر الطويل، أفولاً وجزراً اراد البعض انقاذها منه دون جدوى في الواقع.

وهذا كله يدعونا الى الوقوف عند محاولة تفسير ظاهرة القانون الطبيعي.

---

(١) انظر: ريبير، القاعدة الاخلاقية، المرجع السالف الذكر، ص١٦-١٧.

(٢) انظر: ريبير، القاعدة الاخلاقية، ص١٧.

(٣) انظر: ريبير، القاعدة الاخلاقية، ص١٨-١٩.

٢§- تفسير ظاهرة القانون الطبيعي

٥٨ . القانون الطبيعي مثل أعلى

لقد شغل تفسير ظاهرة القانون الطبيعي علماء الاجتماع، فكما يقول الاستاذ جورج كَرفيتش (١٨٩٤-١٩٦٥) انه "كان يهتم بصورة خاصة بمسألة القانون الطبيعي في اوقات الازمات والصراعات بين النظام القائم والنزعات والآمال الجديدة"(١).

فالقانون الطبيعي هو المثل الاعلى الذي يراد تحقيقه، فباسمه يراد ادانة الواقع الموجود واقامة نظام آخر بدله. ففي القرن الثامن عشر كان القانون الطبيعي يمثل طموحات الطبقة الثالثة (الطبقة البورجوازية)، فباسمه وانطلاقاً منه اريد ادانة النظام الموجود في فرنسا قبل ثورة ١٧٨٩.

اما احياء القانون الطبيعي في القرن العشرين فتكمن وراءه ايضاً آمال وطموحات الطبقات الجديدة التي تريد تحقيق نظام قانوني جديد.

ففي القانون الطبيعي يجد الافراد مثلاً اعلى يلجأ الانسان اليه في اوقات الخيبة اوالشك. وليس ادل على ذلك من المحاولة الثانية لاحياء القانون الطبيعي في المانيا بعد الحرب العالمية الثانية، نتيجة لما تركته في نفوس المفكرين القانونيين التجربة القاسية التي مر بها الشعب الالماني(٢).

والانسان حين يجد نفسه مطوقاً بالاوضاع الاجتماعية والسياسية التي يعيشها، يهدف دائماً الى تجاوز الاوضاع هذه باسم البحث عن العدالة المطلقة. وقد أحسن من قال ان " تأريخ القانون الطبيعي هو قصة بحث الانسان عن عدالة مطلقة وفشله في ذلك"(٣).

والقانون الطبيعي يمكن ان يكون "صرخة نجدة" في اوقات الازمات والايام الحالكة. ولقد لاحظ احد المؤرخين(٤) انه اذا تابعنا مناقشات المجالس التشريعية المؤسسة ايام الثورة الفرنسية رأينا ان التمسك بالقانون الطبيعي يزداد كلما اكفهر الجو.

فالقانون الطبيعي يمثل اذن املاً للانسان وبهذا المعنى فهو دافع عمل وحركة ضد اوضاع معينة يدينها الافراد. فهو لا يحتاج اذن الى العقل ليستند اليه بقدر ما يستند الى الشعور الذاتي والى خيال الافراد وتصورهم.

وبصدد القانون الطبيعي يقول الاستاذ رُوبية إن: "المثل الاعلى الذي يطرحه علينا لا يتمتع بوجود موضوعي، لكن ما نسميه القانون الطبيعي، هو مثلنا الاعلى، نحن الذي نضعه في مقابل القانون الوضعي، فالقانون الطبيعي يتلخص اذن في رد الفعل عند الانسان ضد النظام الوضعي الذي يخنقه وهنا تكمن بدون منازع اهم فائدة للقانون الطبيعي"(٥).

وعليه فان القانون الطبيعي هو نتيجة لتصور الانسان الذي تتحكم فيه الظروف الاجتماعية والسياسية التي يعيشها. لذلك نرى ان مضمون القانون الطبيعي يختلف باختلاف هذه الظروف الاجتماعية والسياسية نفسها.

---

١) G.Gurvitch.Droit naturel ou Droit positif intiuitif. Arch. Philo.du droit.1933. 3- 4.p.58.

٢) انظر تفصيل ذلك في: كاستبيرك، فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص ١٠٨-١١٠.

٣) W.Friedmann: Théorie Générale du Droit. 4e éd. PARIS. L. G.D.J.1965.P.45.

٤) انظر: كَرفيتش، المقال السالف الذكر، ص ٥٩.

٥) رُوبيه: النظرية العامة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص ١٨٦.

فالنظام الاقطاعي في القرون الوسطى، وما يتمتع به من صرامة، ترك لنا "قانوناً طبيعياً" مطلقاً وجامداً، الا ان الظروف الاجتماعية والسياسية التي يمر بها انسان القرن العشرين اعطتنا "قانوناً طبيعياً" اكثر مرونة واكثر نسبية (مفهوم ستاملر وانصار القانون الطبيعي في المانيا بعد الحرب العالمية الثانية)، نظراً لوعي الانسان بنسبية الاشياء والقيم، بالرغم من رغبته في تحقيق مثل اعلى.

٥٩. القانون الطبيعي اداة صراع

واذا كان الامر كذلك، فالقانون الطبيعي يهدف اذن الى تحقيق مصالح خاصة بحيث يصل انصاره الى نتائج متناقضة تماماً على الرغم من انطلاقهم من المبادئ نفسها. فبالاستناد الى القانون الطبيعي اعتبر البعض النظام الديموقراطي اكثر تمشياً مع الطبيعة، في حين اعتبر البعض الآخر ان النظام الملكي المطلق هو الذي يتمشى مع الطبيعة. وبينما يستنبط لوك من الطبيعة ضرورة تقييد السلطة، نرى ان هوبز[١] يصل الى عدم تقييدها وكل ذلك انطلاقاً من القوانين الطبيعية نفسها[٢].

والقانون الطبيعي لا يستخدم فقط لادانة الاوضاع القائمة باسم مثل اعلى (هو القانون الطبيعي) بل يستخدم ايضاً للمحافظة على هذه الاوضاع.

فباسم القانون الطبيعي، وبالاستناد اليه، أدان القضاة الاميركان (بحجة تفسير الدستور) القوانين ذات الابعاد الاجتماعية[٣]. وبالاستناد الى القانون الطبيعي بررت الملكية الخاصة واعتبرت شيئاً مقدساً اكثر من الحياة.

لكن ليس هناك ما يمنع من الاستناد الى القانون الطبيعي واعتبار الملكية الخاصة شيئاً مناقضاً للطبيعة كما أُكد قبيل الثورة الفرنسية وابانها.

وعليه فالقانون الطبيعي يمكن ان يبرر مختلف الاحكام الذاتية والمواقف المتناقضة. فقد استخدمت الكنيسة الكاثوليكية القانون الطبيعي للحد من سلطان الدولة التي نشأت بعد فترة الاقطاع في اوروبا، وهو نفسه الذي استخدمته الكنيسة لتقوية سلطانها.

وبالقانون الطبيعي تمسك مفكرو القرن الثامن عشر لإدانة الحكم المطلق، وبه ايضاً تمسكوا لتبرير قرارات وقوانين "المستبدين المتنورين". بناءً عليه فان القانون الطبيعي لا يمكن ان يقدم اية فائدة بالنسبة لمن يبحث عن الحقيقة الموضوعية، الحقيقة العلمية، لكنه يمكن ان يكون ذا فائدة من الناحية السياسية باعتباره اداة فكرية لتحقيق اوضاع جديدة او المحافظة على اوضاع مكتسبة.

ويذكرنا الاستاذ كلسن، بهذا الصدد، بان افلاطون في حواره حول "القوانين" يميز بين الاكاذيب الجائزة وتلك التي لا تجوز. والكذب الجائز هو ما كان مفيداً. فمثلاً يمكن القول بان الانسان العادل هو السعيد وحده، بالرغم من ان هذا يناقض الحقيقة. فإذا كان كذباً فهو جد مفيد، لأنه يضمن الخضوع للقانون. والشيء نفسه بالنسبة لمذهب القانون الطبيعي الذي يعتدي على الحقيقة حين يدعي انه قادر على تحديد ماهو عادل بصورة موضوعية، لكن انصاره يمكن ان يعتبروه كذباً مفيداً[٤].

---

(١) حول مذهب هوبز، انظر: منذر الشاوي، الدولة الديموقراطية، المرجع السالف الذكر، ص ٦٦ وما بعدها.

(٢) انظر: كلسن، النظرية المحضة للقانون، ص ٩٢ والمراجع التي يستند اليها.

(٣) انظر: فردمان، النظرية العامة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص ٤٥-٤٦.

(٤) انظر: كلسن، النظرية المحضة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص ٩٤.

الباب الثالث

الأساس الاجتماعي للقانون

٦٠ . طرح المشكلة وخطة

اذا كان القانون، كل القانون، يجد اساسه في ارادة المشرع (الدولة) وفقاً لمذهب القانون الوضعي، فإن الاساس الاجتماعي للقانون يؤكد "حقيقة" أخرى وهي: ان القانون يجد اساسه في المجتمع.

وبناءً عليه فإن القواعد القانونية ليست مدينة بوجودها لارادة المشرع، بل ينجبها المجتمع تلقائياً لمجرد ان هناك حياة جماعية مشتركة، فمتطلبات او ضرورات الحياة الاجتماعية هي التي تنجب القواعد القانونية بحيث يكون لكل فئة اجتماعية قواعدها القانونية التي تفرض على اعضائها حكاماً كانوا ام محكومين.

إلا ان هذه الرؤية للقانون لم تتبلور وتأخذ شكلها المذهبي الا نتيجة لنشأة علم الاجتماع وتطوره. ولذلك ينبغي، للالمام بالاساس الاجتماعي للقانون، ان نبين العلاقة بين علم الاجتماع والقانون. غير ان القانوني الذي اعطى نظرية كاملة لنشأة القانون واساسه، انطلاقاً من علم الاجتماع، هو العميد دكَي.

وعليه سنخصص، لدراسة الاساس الاجتماعي للقانون، فصلاً اول نبحث فيه العلاقة بين علم الاجتماع والقانون ونخصص فصلاً ثانياً نعرض فيه مذهب العميد دكَي.

الفصل الأول
علم الاجتماع والقانون

٦١. نشأة علم الاجتماع

لم تكن الوقائع الاجتماعية تدرس، حتى القرن الثامن عشر، الا من الناحية الفلسفية والاخلاقية، فلم يكن هدف الدراسة معرفة ما هو المجتمع بل ما يجب ان يكون عليه وذلك انطلاقاً من عدد من المبادئ الميتافيزيقية والاخلاقية حول الانسان ومصيره.

ومن هذه المبادئ، التي لا يمكن مناقشتها ولا تكون موضوع تحقيق تجريبي، تستقى الحلول عن طريق الربط المنطقي، لتحديد "المجتمع العادل".

وعليه فان طريقة دراسة الوقائع الاجتماعية كانت الطريقة الاستنباطية المبنية على الاحكام المسبقة، وهذا يعني ان طريقة دراسة الانسان والمجتمع كانت تقوم على "الاحكام القيمية" التي تحدد قيمة الاشياء ومسيرة الحوادث وفقاً لاحكام ذات قيمة مطلقة تتعلق بالخير والشر، وبالعدل والظلم.

فلم تكن الدراسة الاجتماعية، اذن، تقوم على "احكام الحقيقة" التي تحدد قيمة الاشياء ومسيرة الحوادث وفقاً لما هي عليه في حقيقتها.

حقاً ان محاولات عديدة سبقت ذلك لدراسة الوقائع الاجتماعية من الناحية العلمية أبرزها دراسات: ارسطو، ابن خلدون، ميكافيلي وبودان.

إلا ان هذه الدراسات لم تخل من الاعتبارات الفلسفية والاخلاقية بحيث يمكن القول ان احكام الحقيقة اختلطت، في الوقت نفسه، بالاحكام القيمية.

لكن في منتصف القرن الثامن عشر قال مونتسيكيو في "روح القوانين" (١٧٤٨): اننا هنا بصدد ما هو كائن وليس ما يجب ان يكون. الا ان هذا الموقف العلمي بقي معزولاً ولم يكن له الصدى الكافي في ميدان الدراسة العلمية للوقائع الاجتماعية.

ولهذا كان يجب ان ننتظر حتى القرن التاسع عشر لنشهد ولادة: علم المجتمع او "علم الاجتماع Sociologie". وقد استعمل اوكست كونت هذه التسمية لاول مرة عام ١٨٣٩ في الجزء الرابع من مؤلفه "محاضرات في الفلسفة الوضعية". ورغبة اوكست كونت في تسمية هذا العلم في البداية باسم "الفيزياء الاجتماعية Physique Sociale"، تنم عن قصده في تأكيد الدراسة الموضوعية للوقائع الاجتماعية، اي تطبيق الطريقة نفسها التي تستخدمها العلوم الطبيعية في البحث ومنها الفيزياء.

ومن هنا كانت بداية الانطلاق في تكوين "المدرسة السوسيولوجية L'écoleSociologique"

التي تبغي دراسة الوقائع او الظواهر الاجتماعية، ومنها القانون، وفقاً للطريقة التجريبية والمبدا السببية.

§١- المدرسة السوسيولوجية

٦٢. الأصول التاريخية

رغم ان الدراسة "العلمية" للوقائع الاجتماعية، ومنها القانون، برزت في القرن التاسع عشر، إلا ان فكرة ان القانون باعتباره تعبيراً مباشراً عن حقائق اجتماعية، كانت اقدم من ذلك بكثير.

فمن دراسته للدساتير المختلفة توصل ارسطو الى القول بان القوانين ليست هي ذاتها في فارس وفي اثينا.

ورغم انشغال افلاطون بتصوره للمدينة المثالية، فإنه كان مدركاً تماماً للعلاقة بين القواعد القانونية وبناء المجتمع.

ورغم ان تعدد القوانين كان محل سخرية وتشكيك من بعض الفلاسفة الاغريق، والفرنسيين في القرنين السادس عشر والسابع عشر، فقد اكد مونتسيكيو ان هذا التعدد نتيجة طبيعية لاختلاف المجتمعات.

إلا ان هذا التأكيد لم يكن قاطعاً، فقد سلم مونتسيكيو بوجود قانون طبيعي وبفكرة العدالة.

لذلك فان "النقاء" في الرؤية العلمية للظواهر الاجتماعية، والقانون منها، يعود الى المدرسة التأريخية. وكان ذلك بمثابة رد فعل قوي ضد الايمان بسلطان العقل وبالقانون الطبيعي الذي ساد في القرنين السابع عشر و الثامن عشر.

وتنطلق المدرسة التأريخية من ان القانون لايخلق قصداً بل ينشأ تلقائياً ولا شعورياً، تقريباً، عن طريق العرف، فالقانوني لا يتدخل إلا عندما تتعقد الحياة الاجتماعية بحيث تتطلب تنظيماً معيناً للقانون التلقائي، غير ان دوره يقتصر على صياغة مادة لم يكن له يد في وجودها. ودور المشرع حين يتدخل، في الاخير، هو دور ثانوي ومقيد بالقانون التلقائي الذي هو وليد "روح الشعب Volksgeist". لذا فإن كل تشريع يخالف هذا "القانون" سيبقى نصاً ميتاً، كما ان التشريع الذي يكرسه يضر اكثر مما ينفع، لأنه قد يعيق التطور الضروري الذي يعبر عنه القانون التلقائي بشكل طبيعي. وقد اقترن هذا المذهب باسم الفقيه الالماني "سافيني Savigny" (١٧٧٨-١٨٦١)، الذي طوره معارضاً بذلك الذين كانوا يريدون تقنين القانون الالماني على غرار ما تم في فرنسا.

فالمدرسة التأريخية تطرح إذن، كمعطية تقرها التجربة، اولوية تلقائية القانون وبالتالي فهي تتبنى اطروحة اساسية: القانون في جوهره نتاج تلقائي للحياة الاجتماعية. وهذا منطلق المدرسة السوسيولوجية[١].

---

(١) انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص ٦٦- ٦٩.

٦٣ . طروحات المدرسة السوسيولوجية

يمكن القول ان المدرسة السوسيولوجية تقتصر في بحثها، على الحقائق الملموسة وبالتالي فإنها تستبعد كل مفهوم ميتافيزيقي. فهي تعتمد عند بحثها في اساس العلوم الانسانية (الاخلاق، القانون) على طريقة او اجراءات "وضعية" بحتة.

وعليه فإن الطريقة التي يجب ان تتبع في دراسة الوقائع الاجتماعية هي الطريقة الاستقرائية التي تقوم على الملاحظة المباشرة للوقائع، كما هو الحال في العلوم الفيزياوية والطبيعية.

ووراء هذا الموقف يكمن التسليم بفكرة او مفهوم العلم الذي يمكن ان يطبق في الدراسة المنهجية للظواهر الاجتماعية.

فانصار المدرسة السوسيولوجية، مهما كانت اختلافاتهم التفصيلية، يسلمون بان موضوع البحث العلمي هو اكتشاف قوانين "الطبيعة" (الطبيعة الفيزياوية او الاجتماعية) وان هذا الاكتشاف يتحقق بطريقة اثبتت فاعليتها منذ زمن وهي طريقة العلوم الفيزيائية او الطبيعية[1]. فما امتازت به المدرسة السوسيولوجية هو انها لفتت الانظار الى ضرورة ملاحظة الحياة الاجتماعية واستخلاص كل ما يمكن ادراكه منها. فمن الاهمية بمكان استخلاص الوقائع الاجتماعية وذلك بعزلها عن كل ما يمكن ان يشوبها، فالوقائع الاجتماعية يجب ان تعامل كما تعامل الاشياء بعيداً عن كل احكام او مفاهيم مسبقة[2].

وبعد ما تقدم يمكن القول ان طروحات المدرسة السوسيولوجية يمكن ان تتلخص كالآتي:

- ان تعامل "الواقعة الاجتماعية" (والقانون مثلها النموذجي) كما تعامل الاشياء، بمعنى ان تدرس وفق طريقة الملاحظة المباشرة التي اثبتت وجودها في علوم الطبيعة.
- ان "الضغط الاجتماعي La pression Sociale" هو السبب الحاسم لمجموع الظواهر الانسانية (اللغة، الفن، الفكر، الاخلاق، الدين،القانون).
- ان الظواهر الانسانية حين تتضمن فكرة او تصورات، فهي جماعية وتعبر عن "شعور جماعي Consience Collective"[3].

(١) انظر: جني، العلم والتكنيك، ج٢، المرجع السالف الذكر، ص٥٢-٥٣.

(٢) انظر: جني، العلم والتكنيك، ج٢، ص٨٢.

(٣) Cf.H.Batiffol: La Philosophie du Droit. PARIS. P. U. F. 1960. PP.33 - 34.

لكن هل هذا الشعور الجماعي هو مجموع مشاعر الافراد المكونين للمجتمع او انه كيان مستقل قائم بذاته وبالتالي مستقل عن مشاعر الافراد؟ في الحقيقة ان فكرة الشعور الجماعي بقيت غير محددة حتى عند دركهايم واثارت الكثير من الجدل. غير ان ما يمكن الاتفاق عليه، في اطار المنظور السوسيولوجي، هو ان المجتمع ليس مجرد تجميع لافراد يعيش بعضهم بجانب البعض، وانما هذا التجمع الانساني من شأنه ان يخلق كائناً جماعياً له حياته الخاصة المستقلة عن حياة الافراد المكونين له، فالمجتمع له، اذن، وجود مستقل عن وجود الافراد وهو يعلو عليهم.

٦٤. دركهايم والمدرسة السوسيولوجية

وقد وجدت "المدرسة السوسيولوجية" اسسها، في نهاية القرن التاسع عشر عند أميل دركهايم Émile Durkheim (١٨٥٨-١٩١٧)، الذي اهلته لعمادتها اعماله العلمية وسطوته الفكرية.

ويجد مذهب دركهايم مرتكزاته الاساسية في اطروحته للدكتوراه المقدمة عام ١٨٩٣ الى السوربون: "تقسيم العمل الاجتماعي"، والتي حدد منهجيتها في كتاب لاحق صدر في العام ١٨٩٥ بعنوان: "قواعد الطريقة السوسيولوجية". وفي كتابه الصغير الصادر عام ١٩٠٩ بعنوان "علم الاجتماع والعلوم الاخلاقية" نجد خلاصة مكثفة لمذهبه.

ومذهب دركهايم، الذي يمثل وحدة علمية متماسكة، ينطلق من الملاحظة المباشرة للوقائع الاجتماعية التي يعاملها كأشياء ويستخلص منها عن طريق التحليل والمقارنة "نماذج" تساعد على توقع توجهات المستقبل في مختلف ميادين الحياة الجماعية، وكل ذلك يهيمن عليه التأثير الفاعل للضغط الاجتماعي على مصائر الافراد، ويضاف اليه عامل رئيس وهو القدسية او الدين، في كل الحياة الاجتماعية[١].

وهذا البناء المذهبي للواقع الاجتماعي ليس نظرياً ووصفياً، وبالتالي ليس ذا طبيعة "ستاتيكية"، بل يتضمن ايضاً جانباً "ديناميكياً".

وهذا ما يؤكده الاستاذ دركهايم في مطلع كتابه "تقسيم العمل الاجتماعي"، فيقول: "أن ماأردناه قبل كل شيء من دراسة الواقع لا يعني تخلينا عن تطويره. فنحن نعتقد ان بحوثنا لا تستحق ساعة من الجهد اذا لم يكن لها غير فائدة نظرية. فحين نفصل بعناية المسائل النظرية عن المسائل العملية، فهذا لا يعني اننا نهمل هذه الاخيرة، بل بالعكس لكي يكون باستطاعتنا معالجتها على احسن وجه"[٢].

لذلك فان حرص دركهايم على استخلاص اتجاهات معينة لمسيرة الحياة الاجتماعية من الملاحظة المباشرة والمقارنة والتحليل الدقيق للوقائع، وللعادات، وللمعتقدات وللممارسات والمؤسسات، نجده في اغلب اعماله ذات الصفة التطبيقية[٣].

و"في كل هذا البحث لا يمكننا، يقول العميد جني، ان نتجاهل ميزة مجهود مثابر باتجاه ايجاد معيار موضوعي للسلوك، الذي يبقى منسجماً حقاً مع الطبيعة الحقيقية للوقائع الاجتماعية"[٤].

وهذا ما يدعونا لأن نتطرق، الآن، الى موقف المدرسة السوسيولوجية من القانون.

---

(١) انظر: جني، العلم والتكنيك، ج ٢، ص ٧٦.

(٢) دركهايم: تقسيم العمل الاجتماعي، ذكره، جني، المرجع السالف الذكر، ص ٧٧.

(٣) انظر: جني، العلم والتكنيك، ج ٢، ص ٧٧.

(٤) جني، العلم والتكنيك، ج ٢، ص ٧٨.

٦٥ . نشأة المفهوم السوسيولوجي للقانون

ان المفهوم السوسيولوجي للقانون لم يظهر، بالمعنى الدقيق، إلا في نهاية القرن التاسع عشر. فالايمان بالعلم استمر وربما ازداد اكثر مما كان عليه في بداية ذلك القرن. وكانت نجاحاته، خاصة في "علم الاحياء" شاهداً على هذا الايمان او على هذه الموجة "العلمية" العارمة والتي كانت دافعاً قوياً لتطبيق طرق العلم على الظواهر الاجتماعية.

كما ان للعوامل الاقتصادية والاجتماعية تأثيرها الذي لا ينكر في الافكار والمفاهيم والنظريات "العلمية".

فالثورة الصناعية والاقتصادية وبالتالي الاجتماعية ابرزت بشكل واضح العلاقة بين البناء القانوني والبنية الاجتماعية وبالتالي فرضت التجديد في ميدان القانون.

وكان لدركهايم تأثيره الواضح في النظرية السوسيولوجية للقانون، فهو الذي نادى بادخال علم الاجتماع ضمن نظام العلوم الطبيعية، وإن "الوقائع القانونية" هي وقائع اجتماعية، لذا فإنها "يجب ان تعامل كاشياء وانها تتحلل بوضوح الى تصورات جماعية".

بناءً عليه فان التصرفات الفردية الحرة ليست إلا وهما يجب استبعاده: فافعالنا هي نتيجة ضغط اجتماعي الذي هو مصدر كل الظواهر الانسانية ومنها، بل اهمها، القانون. وبقدر ما تتضمن هذه النتاجات للحياة الاجتماعية، فكرة، "تصورات"، فهي تعبر عن شعور جماعي الذي هو مصدر كل هذه الظواهر.

وعليه فان اول ما يتميز به المفهوم السوسيولوجي للقانون، هو ان هذا الاخير لا يخلق قصداً (وهذا ماتراه ايضاً المدرسة التأريخية) بحيث يمكن القول مع بورتاليس (أحد ابرز واضعي المدونة المدنية الفرنسية) ان "مدونات الشعوب يصنعها الزمن ولا تقام بالمعنى المعتاد"[1].

إلا ان للمفهوم السوسيولوجي للقانون مظاهر تتحدد في العديد من معطيات الحياة القانونية.

٦٦- مظاهر المفهوم السوسيولوجي للقانون

ترى المدرسة السوسيولوجية ان العرف هو الواقعة الاجتماعية النموذجية بحكم تكوينه التلقائي وخضوعه للملاحظة المباشرة، فهو الظاهرة القانونية الاولى. فالحقيقة القانونية تتجسد، إذن، في العرف، لأنه يمثل تلقائية القانون في الفئة الاجتماعية والاولوية هي للقانون التلقائي.

واذا كان الأمر كذلك، فما هو إذن دور المشرع بالنسبة للقانون؟ ان تدخل الدولة او المشرع، يقول الاستاذ كرفيتش[2]، لايعني اكثر من اقرار للقانون او للقاعدة القانونية، انه "اجراء تكنيكي لاقرار القانون و "رمز مبالغ فيه مقارنة بالقواعد القانونية التلقائية".

---

(١) انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٦٩-٧٠.

(٢) G.Gurvitch: L'ideé du droit Social. PARIS, 1931, Sirey, 1932.

بناء عليه فان القانون الذي تقره الدولة ليس إلا جزءاً ضئيلاً من الظاهرة القانونية، فهو "بحيرة صغيرة في بحر" يضم كل قواعد السلوك التي تفرزها كل المجتمعات والتي لا تدرك وجودها الدولة، كما يقول كرفيتش. والدليل على ذلك هو وجود نصوص "ميتة بالولادة" اي نصوص يقال عنها نافذة في حين ان اي شخص لا يحس بوجودها. فالعبرة، إذن، بالقواعد او السنن المطبقة فعلاً. هذا يعني ان وضعية القانون هي في نجاعته والنجاعة تعني حقيقة اجتماعية، بمعنى واقعة اجتماعية[١].

واذا كان القانون، في هذا التصور السوسيولوجي، النتاج التلقائي للحياة الاجتماعية، فمعنى ذلك ان كل مجتمع ينجب القانون، مهما كان حجم هذا المجتمع ودرجة تنظيمه او قوته.

وهذا مادعا احد انصار "مذهب القانون الحر" الى القول بان حصر القواعد القانونية بالدولة او تطابق القانون مع القواعد التي تضعها الدولة، كان "حدثاً تأريخياً عابراً" وأمراً غير معقول. وهذا الحدث التأريخي يجد اساسه السياسي في ظل حكم الاباطرة البيزنطيين والحكام المطلقين في القرنين السابع عشر والثامن عشر، دون ان يتنكر له اتجاه اليعاقبة في ظل الثورة الفرنسية.

كما انه يجد اساسه الفلسفي عند هيغل الذي يمجد الدولة[٢].

وفي ضوء التصور السوسيولوجي لتلقائية القانون، باعتباره واقعة اجتماعية، تنجبها كل فئة اجتماعية، يمكن التساؤل عن معنى وطبيعة عمل المشرع وحتى القضاء. والجواب هو: ان كل نشاطات هيئات الدولة هي وقائع اجتماعية تخضع للملاحظة المباشرة.

والملاحظة المباشرة تُظهر ان الاهداف التي يبغيها المشرع والحيثيات التي يصوغها القضاء ليست إلا "بناءً فوقياً" للمسيرة الحقيقية التي هي الضغط الاجتماعي. فهذه "القرارات" هي نتيجة لعوامل ذات طبيعة موضوعية وذاتية وهي: تأثير الوسط، الرأي العام، الظروف الاقتصادية والسياسية، التكوين الفكري، المزاج العقلي والعاطفي، الخبرة الشخصية المعاشة.

لذلك، فان القرارات التي يظهر انها اتخذت بقصد ودراية تعكس، في الحقيقة، "الشعور الجماعي" الذي هو مفتاح كل الحياة الاجتماعية وان نجاعتها تكون محكومة بمدى تمشيها مع هذا "الانعكاس"[٣].

---

(١) انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٧١.
ان طرح مثل هذا التصور يمكن ان يثير، واثار بالفعل، مسألة ضرورة الجزاء بالنسبة للقانون او للقاعدة القانونية. فمنهم من لا يرى هذه الضرورة، لأن القانون يتضمن "معطيات اجتماعية" ملازمة لمختلف الفئات الاجتماعية وهي لا شعورية وغير مكتوبة وبالتالي غير مصحوبة بجزاء لكنها ناجعة، (اهرليش EHRLICH ١٨٦٢-١٩٢٢). اما عند دركهايم فالموقف من الجزاء لا يخلو من بعض الغموض. بينما ضرورة الجزاء واضحة عند العميد دكي.

(٢) ومع هذا فان هذا الموقف لا نجده عند كل انصار المدرسة السوسيولوجية. فطالما كانت الفكرة ان المجتمع ينجب مجمل الظواهر الانسانية ومنها القانون، فلا يمكن عندها تجاهل دور الدولة في ذلك، ان لم يكن تأثيرها المهم، باعتبارها المجتمع الاكثر تكاملاً. (انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون،ص٧٣).

(٣) انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٧٢.

ان المفهوم السوسيولوجي للقانون، رغم رغبته في اعتماد الموضوعية في طريقة البحث، فان ما توصل اليه او اكده بصدد الظاهرة القانونية، يعوزه الكثير لفهم هذه الظاهرة مما يلقي الشك على اغلب تأكيداته. ويكفي للتدليل على ذلك ان نشير الى مسألتين مهمتين في هذا الصدد: العرف و "قراءة القانون في الوقائع".

وسنقتصر الآن على بيان بعض الملاحظات حول المسألة الثانية، اما مسألة العرف فستكون موضوع دراسة مستفيضة في القسم الثاني (الباب الأول) من هذا الكتاب.

لاشك ان الوقائع تفرض بعض الحلول: ازمة السكن، ازدياد حركة المرور، مثلاً، التي تدفع المشرع لأن يتدخل لحلها. لكن هل يعني هذا ان القانون هو نتيجة لوقائع تم اقرارها وفق طريقة علمية، وبالتالي فان القانون سيكون مجرد قراءة للوقائع؟

ان التجربة تثبت بان اغلب الاوضاع تقبل عدداً من الحلول، بمعنى وجود مكنة للخيار. والملاحظة المباشرة نفسها تثبت ان الكثير من الاوضاع تجعل القانوني في حيرة من اتخاذ القرار بصدد الحل المناسب. وحتى اذا تبين ان الوقائع "تتكلم بوضوح"، فهذا لا يعني باننا بصدد اقرار لها فقط. فالطريقة التجريبية حتى في علوم الطبيعة هي ليست مجرد اقرار لوقائع، فهناك: الملاحظات المباشرة، الفرضيات، التعليلات، التحققات والاستنتاجات التي تكون بمجموعها العمل العلمي.

والمادة التي يعمل عليها القانوني هي في الواقع معقدة وعميقة، لأنها اجتماعية وبالتالي لا يمكن ان تُرد المعرفة القانونية الى مجرد اقرار لوقائع.

فلا يمكن التأكيد بان الاقرار لحالة من الاشياء يعبر عن توجه معين للسلوك وان هذا التوجه يكون قاعدة قانونية.

وهذا "...ليس موقف المحاكم، كما يلاحظ الاستاذ باتيفول، فهي لا تتراجع امام الغاء شرط (في عقد) اتسع انتشاره:... كما يعود لها ان ترفض تكريس عادة تعتقد انها مخالفة لقواعد الحيطة"[1].

فالمسألة التي تطرح إذن، هي كيف نميز الواقعة التي تفرض القاعدة القانونية عن الواقعة التي يجب استبعادها.

وعليه فان تكوين القواعد القانونية لا يعني انه مجرد اقرار لوقائع وان على القانوني ان "يقرأ" في الحقيقة الاجتماعية ما تقدمه له من قواعد.

يفول: مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٨٣.

§٣- مذهب العميد اوريُو

٦٨. توطئة

ان التطور الاقتصادي والاجتماعي، في الربع الاخير من القرن التاسع عشر، اثار الكثير من المسائل التي لم تجد لها الحل المناسب في فرنسا في اطار النظرية او المفاهيم التقليدية للقانون.

ولم يقتصر ذلك على اثارة مسألة المنهج في البحث القانوني، بل شمل ايضاً النظرة الى القانون واساسه. فقد بدأ التشكيك في مطلع القرن العشرين بالأسس التي كانت تقوم عليها المفاهيم والنظريات القانونية السائدة في فرنسا حتى ذلك الوقت.

وفي مثل هذا الجو الذي خلق حركة فكرية تجديدية، في ميدان نظرية القانون وفلسفته، برزت اعمال دركهايم والمدرسة السوسيولوجية، مما ترك، من دون شك، اثره في هذه الرؤية الجديدة الى القانون واساسه.

وهذه المسيرة القانونية التجديدية تجسدت بشكل خاص عند اثنين من فقهاء القانون اللذين كان لهما اكبر الأثر في الربع الأول من القرن العشرين، على الفكر القانوني في فرنسا، وهما: العميد اوريُو والعميد دكَي. واعمال هذين القانونيين والمفكرين، هيمنت، خلال النصف الاول من القرن العشرين، على القانون العام وفلسفة القانون في فرنسا ووجدت لها العديد من بؤر الاشعاع في العالم.

"اوريُو، دكَي: ينتصب تمثالاهما دائماً على عتبة معبد المذهب الاداري، وبعد...خمسين عاماً لم نجد من يحل محلهما"، يقول الاستاذ ريفيرو[١].

وكلاهما التفت الى اعمال دركهايم والى طروحات المدرسة السوسيولوجية في خضم هذه الرغبة في تجديد الفكر القانوني: فكلاهما "قانوني - سوسيولوجي" إن صح التعبير.

ورغم "ايمان" العميد اوريُو باهمية علم الاجتماع فان طروحات المدرسة السوسيولوجية لم تكن بالنسبة له غير "عون" ضمن نظرية اوسع واشمل لفلسفته القانونية.

اما العميد دكَي، فقد اراد ان يعكس التفكير والمنهج السوسيولوجي ضمن نظرية متكاملة للقانون. فكان اكثر منهجية، واكثر تفصيلاً وربما اكثر "ايماناً" بدور علم الاجتماع في نشأة القانون.

ومهما قيل فقد كان بحق، كما سنرى، المنظر الحقيقي للمدرسة السوسيولوجية على صعيد الفكر القانوني.

والعميد موريس اوريو Maurice Hauriou (١٨٥٦- ١٩٢٩) درّس في كلية "القانون" بجامعة تُولُوز (الواقعة في الجنوب الغربي من فرنسا) ثم اصبح عميداً لهذه الكلية. وقد بقي في هذا المنصب حتى وفاته.

واحسن ما قدمه العميد اوريو للفكر القانوني هو تعليقاته على احكام مجلس الدولة الفرنسي التي جمعت في اجزاء ثلاثة. ويعتبر كتابه "الموجز في القانون الاداري" (الذي طبع ١٢ طبعة

ره، بريمو: الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، المرجع السالف الذكر، ص ٣١٢.

آخرها عام ١٩٣٣) من امهات الكتب في القانون الاداري، كما ان له العديد من المؤلفات في القانون العام وفلسفة القانون.

وكثيراً ماعارض العميد اوريو نظريات دكي. وقد بقي الجدل بين هذين المفكرين القانونيين شهيراً وامتد "التمايز" بينهما الى تلامذتهما وانصارهما الذين اجتمعوا في مدرستين متعارضتين: مدرسة بوردو برئاسة العميد دكي ومدرسة تُولُوز برئاسة العميد اوريُو.

٦٩. منهج اوريُو

يقول العميد اوريو: "علينا ان ندفع حواجز المعرفة الوضعية الى آخر حد ممكن... فقد لاحظتُ منذ زمن بعيد ان لاتأثير للحجة الميتافيزيقية في العلوم الاجتماعية، ولهذا يتوجب استبعادها"[١].

وهذا القول يعكس، من دون شك، واقع العالم في القرن العشرين الذي لا يمكنه الاستغناء عن هيبة العلوم والمناهج الوضعية، ويلقي بالتالي ضوءاً ساطعاً على منهج اوريو وربما على مجمل مذهبه.

وعليه يترتب على القانوني السوسيولوجي التخلص من كل فكرة مسبقة تتعلق بالنظام القانوني، فليس همه الاول أقامة نظريات منطقية بقدر ما يجب عليه اقامة محصلة عملية للعناصر ذات العلاقة بالموضوع محل الملاحظة. فالحياة القانونية لا تحتاج الى اكثر من تحسين تنظيمها بنظرة عميقة للاشياء، لأنها تتكون من ذاتها. ولذلك فأن ما نحتاجه "ليس الجديد، بل القديم الجديد فقط" يقول العميد اوريو.

واستناداً الى هذه المسلمات، فان العميد اوريو يتبع في اعماله القانونية، التي تكون الدراسات الاجتماعية مقدمة بالنسبة لها، منهجاً بسيطاً ومحدداً، يستنبط من مجمل اعماله والذي يمكن تلخيصه على النحو الآتي:

- عدم الأخذ بكل نظام لم يخضع للتجربة والأخذ بكل العناصر التي تطرحها الحياة الحقيقية للقانون.
- دراسة القانون في الوقائع، عن طريق الملاحظة المباشرة للحقائق الاجتماعية او للنظريات التي اندمجت بها واكدتها وصححتها الحياة.
- التمييز، بفضل التحليل، بين الوقائع ذات الطبيعة السياسية، الاقتصادية او الاجتماعية او ذات الطبيعة القانونية.
- تفسيخ التركيبات التي بها تجمعت الوقائع المختلفة بغية ايجاد توجيهات للحياة العملية.

---

١) ذكره، بريمو: الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، ص ٣١٢.

- التوصل من كل ما أقر الى ما يجب ان يكون، والتسليم بكل القوى الاجتماعية التي تكتسب الشرعية حين تترجم بمؤسسات او بمبادئ قانونية[1].

٧٠. اوريُو والمدرسة السوسيولوجية

علينا، في البداية، ان نؤكد ان العميد اوريو، رغم كونه كاثوليكياً مؤمناً، فهو ذو ثقة كبيرة بالعلم، ومن ثم فهو يستبعد الاستعانة بكل قوة غامضة كالحدس او المعتقدات الفردية، وبهذا فهو يقترب من مدرسة دركهايم السوسيولوجية ويختلف عنها ايضاً، فطريقته في البحث أقل جموداً من تلك التي تبناها دركهايم.

فهو يعتقد باستحالة او بصعوبة عزل وتحديد الظواهر الاجتماعية. في الحقيقة، ان العميد اوريو رغم كونه " قانونياً . سوسيولوجياً "، فان ايمانه بعلم الاجتماع ليس مطلقاً. فرغم ثقته بهذا العلم، فإنه يحدد قيمته او بعبارة ادق محمله مستعيناً بذلك بعلم الاحياء الذي لا يستطيع ان يكتشف كل قوانين الحياة.

فلذلك يكون من المناسب ان يكون الأمر كذلك بالنسبة لعلم الاجتماع، ومن المناسب ايضاً قبول التعريف الذي اعُطي له بانه علم الوقائع الاجتماعية وأن يُحدد طموحه باكتشاف القوانين التي يستطيع اكتشافها. ويقول العميد اوريو، ويكرر، إن "نظام علم الاجتماع الوضعي لم يكتمل بعد" و "وبانتظار ذلك يجب التحفظ تمشياً مع الروح العلمية الحقيقية".

ومن جهة أخرى، فان علم الاجتماع ليس إلا وسيلة لخدمة القانون. "اني اتحفظ كثيراً، يقول العميد اوريو، بأن أدعي... ان علم الاجتماع له ذات القيمة التي للقانون او لفلسفة القانون. فهذه هي عناصر الحياة، بينما العلم ليس إلا معرفة محضة. (و)... اني اعتقد ان الحياة تسبق المعرفة. (و) ان الحياة يمكن ان تستخدم المعرفة. (و) القانون يمكن ان يستفيد من علم الاجتماع"[2].

ويضيف قائلاً: ان "...القانون يستخدم علم الاجتماع كما استخدم الاقتصاد السياسي، وسيكون بالنسبة له علماً مساعداً (و) لا يمكن ان يوجهه".

إلا ان علم الاجتماع يقدم خدمة ثمينة للقانوني وهي ان يقتصر (في بحثه) على الوقائع ويحذر من البناءات النظرية المعلقة في الهواء.

"قلقي الكبير، يقول العميد اوريو، هو ان لا تتجاوز النظريات ابداً الوقائع: فهي يجب ان لاتكون التعبير عن نظام فلسفي او اجتماعي بل تنظيماً للحقائق الوضعية فقط". في الواقع "اليس قانون تأريخ المذاهب يقضي بان النظريات القانونية لنظام اجتماعي معين لا تقام إلا بعد الاكتمال العملي للنظام بوقت طويل؟... فهي لا يمكن ان تقام إلا بعد ان تكون كل الوقائع قد وجدت وجمعت وصنفت"[3].

جني، العلم والتكنيك، ج ٢، المرجع السالف الذكر، ص ٩٨-٩٩.
Hauriou: philosophie du Droit et science Sociale R. D. P. 1.
جني: المرجع السالف الذكر، ص٩٦).
جني، العلم والتكنيك، ص ٩٧.

٧١ . قيمة مذهب اوريو

قد لا نجانب الحقيقة اذا قلنا ان "قيمة" مذهب العميد اوريو تكمن اولاً وقبل كل شيء في شخصيته العلمية، فلكي ندرك ونحدد القيمة الحقيقية لاعماله العديدة، يجب ألا ننسى ان عميد "مدرسة تولوز" كان فيلسوفاً وقانونياً وعالم اجتماع في الوقت نفسه.

فهو سوسيولوجي وفق منهجه وطروحاته السوسيولوجية دون ان ينسى الفلسفة، وهو قانوني بارع دون ان ينسى علم الاجتماع.

وهذه النشاطات الفكرية، رغم تميزها، تبقى، عند اوريو، متعاونة، متكاملة ومتداخلة. وما يهمنا تأكيده هو عمله القانوني بالدرجة الاولى والسوسيولوجي بالدرجة الثانية. لذلك قلنا ان العميد اوريو يمكن ان يكون "قانونياً - سوسيولوجياً" له رؤاه في علم الاجتماع ودوره الكبير في خدمة القانون، الذي تشهد عليه تعليقاته على احكام مجلس الدولة الفرنسي الذي بدأها منذ العام ١٨٩٢ في "مجموعة سيره".

ان "الاجماع ينعقد، يقول العميد جني، على الاطراء بصراحة وبدون منازع على ان دراساته القانونية... بالاخص عندما تكون في مواجهة الوقائع، حيث تطبق عليها القواعد الاكثر دقة (و) قد كونت قانوننا الاداري"[(١)].

ويضيف العميد جني قائلاً: "وهنا... فان التفسير السوسيولوجي، حيث ان ملامحه تبقى واضحة تماماً، اوصل اوريو الى الحلول الاكثر متانة والاكثر غنى... في الحقيقة ان دراسات اوريو تقدم لنا في مجموعها الذي لا يتجزأ المجهود الاكثر صدقاً، الاكثر قوة، والاكثر اكتمالاً، الذي اعطي حتى الآن، في صالح التأثير المباشر والدائم لعلم الاجتماع في القانون، او، اذا اردنا، الترجمة القانونية لعلم الاجتماع[(٢)].

ورغم كل ذلك فان العميد جني يتساءل: لماذا لم تكن النتيجة النهائية لهذا المجهود مقنعة تماماً؟ ويجيب:

اولاً، لان العميد اوريو لم يتوصل الى بناء مذهب سوسيولوجي منسجم وواضح يستند الى منهج ثابت. فهو لم يحتضن، على منوال دركهايم، اكثر فأكثر الوقائع الاجتماعية يدخلها في اطار فكري متماسك.

ثم ان العميد اوريو يتعامل مع الحقائق (بضمنها القانون) كما هي ويقتصر على تعديلها قدر الامكان وفقاً لاتجاهاتها، بينما يتوجب التقاط المبادئ الجوهرية التي تظهرها هذه الحقائق والتي هي وحدها توجه علاقاتها وترتيبها. ويظهر، كما يقول العميد جني، "أن شعوره العميق بتعقيد الحياة الاجتماعية شل الرغبة في الدقة عنده... فعالم الاجتماع ابعد القانوني عن مهمته الجوهرية. وهي التنظيم الآمر للحياة".

واخيراً، فان العميد اوريو كان مقتنعاً، كالفيلسوف هيغل، بان كل ما هو واقعي هو عقلاني، الامر

---

(١) جني: العلم والتكنيك، ج ٢، ص ٩٢.

(٢) جني، العلم والتكنيك، ج٢، ص ١٠٧-١٠٨.

الذي ادى به الى عدم مناقشة الاتجاهات الاجتماعية التي يقرها والاكتفاء بأخذها بالحسبان والاستفادة منها. وبذلك فإنه يكون قد حرم نفسه من كل تقييم شخصي، ومن كل وسيلة لاصلاح الحياة القانونية"[١].

ويرى الاستاذ باتيفول ان العميد اوريُو آمن بعلم الاجتماع باعتباره يمكن ان يقدم الكثير من العون الى القانونيين، غير انه لم يكن نصيراً مستسلماً للمدرسة السوسيولوجية. "فقد اقترن عنده حب الاطلاع العلمي بقلق اخلاقي ينشد نظاماً للحياة الاجتماعية، وبشعور حاد بالمتطلبات الخاصة بعلم القانون".

وان ما نُسب اليه من قبل العميد جني بانه شاطر هيغل اعتقاده بان الواقع عقلاني وانه استخدم الاتجاهات الاجتماعية دون ان يقيمها، فإنه، على الأقل، يقول الاستاذ باتيفول "...فصل بوضوح بين ميدان المعرفة حيث يقع "علم الاجتماع" وبين حاجات الحياة التي يجيب عنها القانون وفلسفة القانون... وحين يقر، بموضوعية، العدد القليل من النتائج التي توصل اليها علم الاجتماع، فانه يفسح مجالاً واسعاً للمبادرات الفردية المنظمة للمؤسسات في ضوء الاهداف التي يُراد بلوغها، ويطلب من علم الاجتماع المساعدة في تحديد هذه الاهداف، إلا انه لا يجعل مطلقاً من القانوني مجرد مراقب للوقائع الاجتماعية التي تقدم القواعد (القانونية) جاهزة"[٢].

في الحقيقة، وكما لاحظ الاستاذ بريمو، فان مذهب العميد اوريو من المذاهب الصعبة المتابعة. والتعقيد الكبير لهذا المذهب "...مرده فكر غني يتميز بذهنية نهمة للعلم لكنها ترفض ان تحبس نفسها في مذهب جامد وتعمل باستمرار على تعديل، تصليح وتوسيع مواقفها"[٣].

ويضيف الاستاذ بريمو قائلاً: "في العميد اوريو ...شخصيتان، عالم متيم بالعلوم الدقيقة، وروحاني اقرب الى افلاطون والقديس توما منه الى دركهايم... (و) اذا كان في تأريخ الفلسفة مفكر ذو اهتمامات تبشر باهتمامات اوريو، فإنه بالتحديد مونتسيكيو... وان اوريو هو مونتسيكيو القرن العشرين"[٤].

١) انظر: جني، العلم والتكنيك، ج ٢، ص ١٠٨-١١٠.

٢) باتيفول، فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص ٣٦-٣٧.

٣) بريمو: الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، ص ٣١٢.

٤) بريمو: الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، ص ٣٢٤-٣٢٥.

الفصل الثاني
مذهب العميد دكَي

١§ - دكَي والمدرسة السوسيولوجية

٧٢. مراحل تطور تفكير دكَي

عن العميد ليئو دكَي Léon Duguit (١٨٥٩-١٩٢٨)، يقول الاستاذ جيز: "إن المجد الذي ناله باستحقاق بفضل عبقريته ومتابعته المستمرة، وهيمنته المعترف بها عالمياً، لم تصبه بالغرور ولا لحظة. فقد بقي طوال حياته، العالم المستقيم والمتواضع، محترساً من نفسه، ومستعداً دائماً لتعديل نتائج اعماله وفق ما يستجد من بحوثه وبحوث القانونيين من مختلف المشارب. هيامه الوحيد كان الحقيقة"(١).

اجتاز "امتحان الاستاذية في القانون" عام ١٨٨٣ وتولى التدريس في كلية القانون بجامعة بوردو عام ١٨٨٦، ثم اصبح عميداً لهذه الكلية وبقي في هذا المنصب حتى وفاته.

وقد وضع دكَي موضع الشك الاسس التي استقرت عليها النظرية العامة للقانون حتى مطلع القرن العشرين. وفي ميدان نظرية الدولة، انكر دكَي سيادة الدولة وشخصيتها وحاول جاهداً ان يقيد الدولة بالقانون.

إلا ان تفكير العميد دكَي مر بمراحل ثلاثة نتيجة لتطور علم الاجتماع اولاً ونتيجة لتطور نظرة هذا المفكر للأمور ثانياً.

فقد خضع دكَي في البداية لتأثير "المدرسة العضوية" في علم الاجتماع التي تزعمها الانكليزي سبنسر (١٨٢٠-١٩٣٠). وقد شبهت هذه المدرسة المجتمع بالكائن الحي الذي له حياته الخاصة المستقلة عن حياة الافراد المكونين له، كما له هيئاته التي يستخدمها كما يستخدم الكائن الحي اعضاءه.

وقد كان لهذه الرؤية للأمور اثر في طريقة معرفة الوقائع الاجتماعية: فما دام قد شُبه المجتمع بالكائن الحي، فلا يمكن اذن ادراك الوقائع الاجتماعية الا عن طريق معرفة الوقائع البيولوجية كما تخضع الوقائع الاجتماعية، كالوقائع البيولوجية، لقانون او حتمية التطور.

وهذا الاتجاه في علم الاجتماع نجد ترجمته القانونية في الكتابات الاولى للعميد دكَي ولاسيما

(١) GASTON JÉZE: L'inflnence de Léon Duguit Sur le droit adminsliratif Francais A.P.D.Nos 1 - 2 .1932.P.136 - 137.

في "القانون الدستوري وعلم الاجتماع" (١٨٨٩) و"في وظائف الدولة العصرية" (١٨٩٤).

إلا ان "المدرسة العضوية" في علم الاجتماع لا تمثل إلا المرحلة الاولى للمدرسة السوسيولوجية التي وضع اسسها دركهايم الذي كان استاذاً في كلية الآداب بجامعة بوردو وصديقاً لدكَي.

وعليه فالمرحلة الثانية من مراحل تطور التفكير القانوني الاجتماعي لدكَي تتسم بتخلصه من تأثير "المدرسة العضوية" وخضوعه لتأثير دركهايم[1] الذي يريد "ان تعامل الوقائع الاجتماعية كأشياء"، اي تخضع للطريقة التجريبية.

وقد ظهر هذا الاتجاه الجديد في تفكير دكَي مع مطلع القرن العشرين حين نشر عام ١٩٠١ كتابه الموسوم "الدولة، القانون الموضوعي والقانون الوضعي" وكتابه المعنون "الدولة، الحكام والوكلاء" عام ١٩٠٣.

ثم بدأ هذا الاتجاه يتحدد بعد ذلك في العديد من "المقالات" التي نشرها دكَي الى ان وجد اكتماله في كتابه الشهير "المطول في القانون الدستوري" الذي ظهرت طبعته الاولى عام ١٩١١.

اما المرحلة الثالثة التي مر بها العميد دكَي فقد بدأت بسنوات قليلة قبل وفاته[2].

فلم يعد دكَي يبني القانون على اسس اجتماعية محضة اي على اسس يمكن ان تقرها الملاحظة المباشرة والتجربة، بل ادخل في بنائه عاملاً اخلاقياً وهو فكرة العدالة. وقد ظهر هذا الاتجاه واضحاً منذ عام ١٩٢١ وهو تأريخ الطبعة الثانية (بخمسة اجزاء) من "المطول في القانون الدستوري".

فقد كتب يقول في تقديم هذه الطبعة: "من المستحسن لكل انسان يفكر وقد وصل مساء حياته، ان يتأمل ويعيد النظر بهدوء وحسن نية في القيمة الموضوعية للافكار التي دافع عنها ومنها استوحى. وهذا الواجب يقع بالأخص على من له المهمة الهائلة والنبيلة في ان يعلم الآخرين والذي أقدم على مشروع جريء من شأنه ان يطيح ببعض المفاهيم التي سلم بها بالاجماع تقريباً منذ وقت طويل. وهذا النوع من اعادة النظر في الضمير هو الذي حاولت ان أقوم به في هذا الكتاب".

وقد تمسك العميد دكَي "باعادة النظر في الضمير" هذه حتى عشية وفاته حين ظهرت عام ١٩٢٧-١٩٢٨ الطبعة الثالثة للجزأين الاول والثاني من "المطول في القانون الدستوري".

٧٣. منهج دكَي

يقول الاستاذ جيز: "...كان لدكَي تأثير منقطع النظير في القانونيين في مطلع القرن العشرين... اوريُو يترك اثراً لامعاً، لكنه خيالي اكثر من كونه عالماً حقيقياً... ولم يكن اوريو ولن يكون عميداً لمدرسة.

---

(١) في الحقيقة ان دكَي وان خضع لتأثير دركهايم، فقد اثر هو ايضاً في هذا الاخير لا سيما فيما يتعلق بفكرة "الشعور الجماعي". بحيث اضطر دركهايم لأن يعدل بعض اوجه مذهبه في هذا الموضوع.

(٢) ويعزو الاستاذ بريمو (الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، ط ٢، ص ١٩٤). هذا التطور الى الازمة المعنوية الحادة التي عاناها دكَي اثر فقده ابناً عزيزاً عليه اثناء الحرب العالمية الاولى.

فما كان يفتقده هو المنهج الموضوعي. ان قوة دكَي الكبرى هي في بحثه وايجاده منهجاً، المنهج العلمي الموضوعي، الواقعي"(١).

وقد حدد العميد دكَي في الدرس الافتتاحي، من دروسه في "القانون العام" التي القاها عام ١٩٢٦ في كلية الحقوق بالجامعة المصرية (التي كان اول عميد لها)، قواعد هذا المنهج حين قال: "لقد قيل... ان العلوم الاجتماعية لها طريقة خاصة بها، والتي هي ليست طريقة العلوم الفيزياوية او الطبيعية. الا ان هذا – في تقديري– خطأ كبير، لان كل طريقة علمية تحددها قوانين التفكير البشري التي هي، بداهة، واحدة مهما كان ميدان البحث... وهذه القواعد هي ثلاث:

١. لاحظ الوقائع بطريقة لا شخصية... (اي) بطريقة موضوعية، وقم بمجهود دائم لاجل التخلص من تأثير الوراثة، الوسط، والاحكام المسبقة من اي نوع كانت.

٢. استخدم التحليل الاستنباطي... كأداة للبحث، (و) طابق النتائج التي توصل اليها الاستنباط المنطقي مع الوقائع، فاذا لم تتطابق معها، اطرح جانباً الفرضية التي انطلقت منها، ولا تحاول مطلقاً ان تخضع الوقائع للمنطق...

٣. ارفض كل المفاهيم المسبقة واتركها تعُد الى ميدان الايمان الديني او الميتافيزيقي"(٢).

ويعود العميد دكَي، في ١٥ مايس ١٩٢٧، الى مسألة المنهج، وهو "المنهج الواقعي" كما يسميه، في تقديمه للطبعة الثالثة لمؤلفه "المطول في القانون الدستوري"، ليقول ان هذا المنهج يقضي: "اقرار الوقائع، عدم تأكيد ماهو حقيقي إلا بعد ان يُقر بالملاحظة المباشرة واستبعاد كل المفاهيم المسبقة من ميدان القانون، فهي موضوع معتقد ميتافيزيقي او ديني وتساعد على كتابات ادبية لكن ليس لها اي شيء من العلمية... اريد ان يستبعد من الدراسات القانونية هذه الصيغ الفارغة وهذه الكتابات الميتافيزيقية... التي اغرقت الدراسات الفلسفية... اني احترم بعمق كل المعتقدات الدينية الصادقة (و) أعجب بالاحلام الميتافيزيقية التي تترجمها لغة جميلة، لكن هذه وتلك لا دور لها في اكتشاف الحقيقة الوضعية".

ويضيف العميد دكَي قائلاً: ان هذا المنهج الواقعي "...لا تستبعد مطلقاً... التعليل الاستنباطي الذي هو الوسيلة المفضلة للبحث والاكتشاف العلمي لكن بشرطين، اولاً، ان يكون منطلقه معطية لوحظت مباشرة، وثانياً، إن النتائج التي توصل اليها يتوجب التحقق منها بالملاحظة، واهمالها اذا كانت الوقائع تناقضها"(٣).

ويتسائل العميد دكَي: كيف يبقى ميدان القانون، في عصر ازدهار العلوم الوضعية مزدحماً بالمفاهيم ذات الطبيعة الميتافيزيقية؟

يز: تأثير... دكَي على القانون الاداري الفرنسي، المقال السالف الذكر، ص١٢٥.

.Cf.Duguit: Leçons de Droit Public général. PARIS. 1926. PP.34- 3

.Duguit: Traité du droit Constitutionnel 3e éd. TI. 1927.PP XV-XVI

ويجيب: لأن دراسة المشاكل القانونية لم تكن وفق منهج واقعي حقيقة. ولهذا فهو يقول بضرورة "استبعاد كل واقعة لم تقر مباشرة، (و) بالأخص استبعاد المفهوم الميتافيزيقي للحق، اي سلطة ارادة تفرض كما هي على ارادات أخرى، وذلك هو الشرط الضروري لتحديد ميدان القانون عملياً ووضعياً. وهذا هو المجهود الذي قمتُ به وعلى القارئ ان يقول فيما اذا كنت قد وفقتُ فيه"[1].

هذا يعني ان العميد دكي يريد ان يخلص القانون، او بعبارة ادق دراسة القانون، من كل تجريد من شأنه ان يصرف نظر القانوني عن اقرار الوقائع.

واستبعاد فكرة "الحق"، لأنها فكرة ميتافيزيقية تنطلق او ترتكز على فكرة علو ارادة على ارادة اخرى، تعني، من باب اولى، استبعاد فكرة ان القانون او القاعدة القانونية هو تعبير لارادة الحكام، لأنها تعريفاً، تعلو على ارادة الآخرين. فالعميد دكي يعتقد بان علوية ارادة على ارادة اخرى هي فكرة ميتافيزيقية تقوم على افتراض وجود تدرج بين ارادات الاشخاص، الأمر الذي لا يمكن ان يسلم به المنهج الواقعي.

بناءً عليه فان القانون لا يمكن ان يكون نتيجة لارادة الحكام او هو ما يريده الحكام. واذا لم يكن القانون هو ما يريده الحكام، فما هو القانون إذن وكيف يحدد؟ ان اتباع المنهج الواقعي سيؤدي فعلاً ومنطقاً الى وجود قانون مستقل عن ارادة الحكام: انه "القانون الموضوعي".

§٢ - القانون الموضوعي

٧٤. طـرح المشـكلة

في الصفحة الاولى من الجزء الأول من "المطول في القانون الدستوري"، يطرح دكي السؤال التالي: ما القانون؟ هل هو قاعدة سلوك تفرض على الانسان الذي يعيش في المجتمع، ام سلطة تعود إلى بعض الافراد؟ واذا كان القانون قاعدة سلوك، فهل تفرض هذه القاعدة على كل الافراد في الفئة الاجتماعية حكاماً ومحكومين؟[2]

ويختم دكي تساؤلاته فيقول: "تلك هي اسئلة طرحت منذ ان بدأ الانسان يفكر حول أمور الحياة الاجتماعية والتي لم تجد لها، رغم ما بذل من مجهود هائل، حلاً... وضعياً"[3].

وسبب ذلك يعود الى ان ميدان القانون بقي مزدحماً بافكار ومفاهيم ذات طبيعة ميتافيزيقية منعت اعطاء مشكلة القانون حلاً وضعياً وواقعياً. إلا ان الدراسة الواقعية لمشكلة القانون تؤدي الى اقرار القانون الموضوعي. "...فالانسان الذي يعيش في مجتمع معين، يقول دكي، يخضع بفعل ذلك الى قاعـدة سلوك يؤدي خرقها الى رد فعل اجتماعي يمكن ان ينظم، وقاعدة السلوك هذه... هي ما اسميها القانون الموضوعي"[4].

---

(١) دكي: المطول في القانون الدستوري، ج ١، ط ٢، ص ٣.

(٢) انظر: دكي، المطول في القانون الدستوري، المرجع السالف الذكر،ط ٣،ج١، ١٩٢٧،ص١.

(٣) دكي، المطول في القانون الدستوري، ط٣، ج١، ص٢.

(٤) دكي، المطول في القانون الدستوري، ط٢،ج١، ص١٤.

ولتحديد القانون الموضوعي يتوجب الوقوف عند اساس وطبيعة ومظاهر القاعدة القانونية (الموضوعية).

أولاً- أساس القاعدة القانونية

٧٥. القاعدة الاجتماعية

ينطلق دكي من واقعتين تخضعان للملاحظة المباشرة: ان الانسان كائن واع لافعاله وان الانسان كائن لا يستطيع العيش منفرداً، فهو يعيش وعاش دائماً في مجتمع مع اقرانه[١].

وبناءً عليه فان هناك فرقاً بين القوانين التي تحكم الطبيعة والقوانين التي تحكم المجتمع. فاذا اطلقنا تسمية الوقائع الاجتماعية على كل افعال الانسان الذي يدخل بعلاقة مع اقرانه، فيجب القول ان كل الوقائع الاجتماعية هي وقائع ارادية. اي وقائع انجبها النشاط الواعي للانسان الذي يهدف الى غاية معينة. وفي هذا يكمن الفرق الاساس بين الوقائع الاجتماعية والوقائع الطبيعية وبالتالي فان اي تشابه لا يمكن ان يكون بين القوانين الطبيعية والقوانين الاجتماعية[٢].

ينتج مما تقدم ان القوانين الاجتماعية ليست بقوانين سببية. لأنها تحكم افعالاً ارادية وواعية للانسان وبالتالي فهي لا يمكن ان تكون غير "قوانين نمائية" اي قواعد او سنن توجه وتحدد النشاط الواعي والارادي للانسان حين تمنعه عن بعض الاعمال وتفرض عليه البعض الآخر.

وعليه فان القاعدة او السنة الاجتماعية توجد لمجرد ان هناك مجتمعات بشرية تتكون من كائنات واعية. والمجتمع لا يمكن ان يوجد الا اذا كان الافراد الذين يكونونه يخضعون لقانون الكائن الاجتماعي[٣].

"فالخلايا المكونة لكائن تخضع لقانون هذا الكائن. والكل يعترف بذلك، كما ان قانون هذا الكائن هو الذي يتحكم في تكوينه وتطوره. كذلك فأن الافراد المكونين لفئة اجتماعية يخضعون لقانون هذه الفئة، وهو قانون يحكم تكوينها وتطورها. وكلا القانونيين هما قانونا تنسيق. (إلا ان) قانون الكائن لا نسميه سنة، لاننا لا نستطيع ان نؤكد بان الخلايا المكونة له واعية. (اما) قانون الفئة الاجتماعية فنسميه سنة لان الافراد الاعضاء فيها يتصرفون بوعي، فيريدون شيئاً يهدفون اليه وبمقتضى باعث يشعرون به، لكن ماعدا هذا الفارق، لا يوجد اي شيء آخر يميز قانون الكائن الحي عن قانون المجتمع البشري، واذا سلمنا بان القانون البيولوجي مقام على الواقعة التي تكون هذا الكائن... فلماذا ان السنة الاجتماعية لا يمكنها هي الاخرى ان تقام على واقعة المجتمع"[٤].

وبناءً عليه فان السنة او القاعدة الاجتماعية "...ليست شيئاً آخر غير القانون الملازم للواقع الاجتماعي، الذي يحدد السلوك الايجابي او السلبي الذي يجب ان يتخذه كل اعضاء الفئة من اجل ان تستطيع هذه الفئة والافراد المكونون لها ان تعيش وتتطور... بحيث ان خرقه يؤدي حتماً الى رد

---

(١) انظر: دكي، المطول، ج١، ص٦٥-٦٦.

(٢) انظر: دكي، المطول، ج ١، ص ٦٨.

(٣) انظر: دكي، المطول، ج١، ص ٧٠.

(٤) دكي، المطول، ج ١، ص ٧٨-٧٩.

فعل، مرده تمسك الفئة... بالقانون الذي يحكم حياتها"[1].

٧٦. التضامن الاجتماعي

وهناك واقعة أخرى تخضع ايضاً للملاحظة المباشرة وهي واقعة التضامن الاجتماعي.

والتضامن الاجتماعي برّزه ووصفه بدقة العالم الاجتماعي دركهايم في كتابه الشهير "تقسيم العمل الاجتماعي".

وقد حاول دكَي عرض التضامن الاجتماعي من زاوية تختلف بعض الشيء عن دركهايم في كتابه "الدولة، القانون الموضوعي والقانون الوضعي"، وفي الطبعة الاولى من "المطول في القانون الدستوري".

يقول دكَي: لقد اجتمع الافراد في مجتمع ويبقون مجتمعين، لان لهم حاجات مشتركة وحاجات مختلفة ولهم في الوقت نفسه امكانات مختلفة. وحاجات الافراد المشتركة لا يمكن ان تشبع إلا بالحياة المشتركة. فالافراد يتعاونون لتحقيق حاجاتهم المشتركة وذلك بوضع امكاناتهم المتشابهة بصورة مشتركة. وهذا ما يكوّن العنصر الاول للحياة الاجتماعية ويسمى "التضامن بالتشابه". لكن الافراد يملكون قدرات مختلفة وحاجات متنوعة. وهم يشبعون هذه الحاجات بتبادل الخدمات، بحيث ان كل واحد يقدم قدراته ليشبع حاجات الآخرين، وفي مقابل ذلك يأخذ منهم ما يحتاجه من خدمات. وهكذا يحدث في المجتمعات البشرية تقسيم عمل واسع يكون ما يسمى "التضامن بتقسيم العمل".

وواقعة التضامن الاجتماعي لا يمكن ان تنكر ولا يمكن ان تكون موضوع جدل، لكن قد تكون الغلبة لهذا المظهر من التضامن الاجتماعي او ذاك حسب درجة تطور المجتمعات، ففي المجتمعات الحديثة يظهر بالدرجة الاولى التضامن بتقسيم العمل. بالعكس، فان التضامن بالتشابه هو المهيمن في المجتمعات التي هي في المراحل الاولى للحضارة.

إلا ان التضامن الاجتماعي يبقى واقعة مستمرة، دائماً مساوية لنفسها وهي العنصر المكوّن لكل فئة اجتماعية[2].

ثانياً- طبيعة القاعدة القانونية

٧٧. القاعدة القانونية الموضوعية

ان القواعد الاجتماعية هي إما ان تكون قواعد اقتصادية او اخلاقية او قانونية.

والسنة او القاعدة الاقتصادية "...تحكم كل اعمال الانسان المتعلقة بانتاج الثروات وانتقالها واستهلاكها... (و) خرق القاعدة الاقتصادية يحدث رد فعل اجتماعي لا يتعلق إلا بانتاج الثروة واستخدامها"[3].

---

(١) دكَي، المطول، ج١، ص٨١-٨٢.

(٢) انظر: دكَي، المطول في القانون الدستوري، ج ١، ص ٨٥-٨٦.

(٣) دكَي، المطول، ج ١، ص ٨٩-٩٠.

اما السنن او القواعد الاخلاقية فهي، كما يقول دكي: "...تلك التي تطبق على كل انسان يعيش في بلد معين وفي فترة معينة والتي تفرض عليه سلوكاً معيناً... فيما يتعلق بملابسه، سكنه، علاقاته الاجتماعية وكذلك ممارساته الدينية. وبكلمة، أقصد بالقواعد الاخلاقية تلك التي تلزم كل انسان بان يتمشى في حياته مع مجموعة الممارسات التي نطلق عليها آداب المجتمع. واذا لم يتمشى معها، فأنه يلاقي رد فعل اجتماعي يحدث تلقائياً... ومن هنا يكون لهذه القواعد صفة ملزمة"(1).

اخيراً فأن السنة او القاعدة القانونية هي اما قاعدة اخلاقية او اقتصادية. لكن ليس كل قاعدة اخلاقية او اقتصادية هي بالضرورة قاعدة قانونية. فمتى تصبح، اذن، القاعدة الاقتصادية او الاخلاقية قاعدة قانونية؟

يقول دكَي "ان القاعدة الاقتصادية او الاخلاقية تصبح سنة قانونية حين تنفذ في ضمير جمهور الافراد، المكونين لفئة اجتماعية معينة، بحيث ان الفئة نفسها، او اولئك الذين يقبضون فيها على القوة الكبرى، يستطيعون التدخل لردع خروق هذه القاعدة. بتعبير آخر هناك قاعدة قانونية حين يدرك ويسلم جمهور الافراد المكونين لفئة بان ردعاً ضد خارقي القاعدة يمكن ان ينظم اجتماعياً. وهذا التنظيم يمكن ان لا يوجد، (كما) يمكن ان يكون بدائياً وتلقائياً... (لكن) من اللحظة التي يدركه جمهور الافراد ويرغبون فيه... تظهر القاعدة القانونية"(2). ويضيف دكَي قائلاً "ان... القاعدة الاخلاقية او الاقتصادية تصبح قاعدة قانونية في اللحظة التي يكون فيها الشعور الاجماعي او شبه الاجماعي للافراد المكونين للفئة الاجتماعية... بان التضامن الاجتماعي سيلحقه ضرر كبير اذا كان احترام هذه القاعدة لا يضمن باستخدام القوة الاجتماعية (و)...لأجل ان توجد القاعدة القانونية يجب ان يكون ضمان القاعدة الاجتماعية باستخدام القوة الاجتماعية متمشياً مع الشعور بالعدالة... فالشعور عند جمهور الافراد... بأن قاعدة اخلاقية او اقتصادية هي ضرورية لبقاء التضامن الاجتماعي، والشعور بأنه من العدل مجازاتها... هما العنصران الاساسيان لتكوين... القاعدة القانونية... (وعليه) لأجل ان تكون القاعدة قاعدة قانونية لا يكفي ان تكون متمشية مع الشعور بالتضامن الاجتماعي، بل يجب ان تتوافق ايضاً مع الشعور المكوّن عند جمهور الافراد عن العدالة"(3).

ينتج مما تقدم ان القاعدة الاقتصادية او الاخلاقية تصبح قاعدة قانونية حين يدرك جمهور الافراد المكونين لفئة معينة ان احترامها ضروري لبقاء التضامن الاجتماعي وانه من العدل ان يضمن هذا الاحترام عن طريق الجزاء(4).

فالقواعد القانونية تظهر اذن بالنسبة للافراد المكونين لفئة اجتماعية بأنها اساسية لحياة الفئة، لانها تحقيق للشعور بالتضامن الاجتماعي وللشعور بالعدالة. وعليه فان تدخل القوة الاجتماعية او استخدام الارغام المادي لضمان احترام مثل هذه القواعد سيكون طبيعياً وبالتالي

(1) دكَي، المطول، ج ١، ص ٩١.
(2) دكَي، المطول، ج ١، ص٩٣– ٩٤.
(3) دكَي، المطول، ج ١، ص ١٢٤– ١٢٥.
(4) انظر: دكَي، المطول، ج ١، ص ١٢٧ – ١٢٨.

شرعياً، بحيث ان اي رد فعل اجتماعي سوف لا يحدث اذا تدخلت القوة لتمنع او تعاقب خر
مثل هذه القواعد. إلا ان هذا لا يعني ان القوة تخلق القواعد القانونية، فالقوة، كما يقول دكي
تخلق مطلقاً القانون. لكن شعور الافراد بضرورة ضمان بعض القواعد الاجتماعية يسبغ الشرع
على القوة. وعليه فان القوة التي يقبض عليها الحكام لا تكون شرعية الا بقدر ما يكون تنظيم
واستخدامها هو من اجل ضمان القواعد الاساسية لتحقيق الحياة الاجتماعية والعدالة، بحيث ا
طاعة الحكام ستكون أحسن اذا تدخلوا بفاعلية اكبر لضمان مثل هذه القواعد[1].

٧٨. القواعد القانونية السننية والبناءة

إلا ان القاعدة القانونية هي اما "قاعدة قانونية سننية Règle de droit normative" او "قاعدة قانونية بناءة Règle de droit Constructive".

والقواعد القانونية السننية هي القواعد التي توجد بحكم وجود فئة اجتماعية معينة وبحكم وجود ظاهرة التضامن الاجتماعي الملازمة لكل فئة اجتماعية. فالقواعد القانونية السننية هي ليست اذن الا قواعد القانون الموضوعي.

ان القواعد القانونية السننية هي، في الحقيقة، قواعد عامة وبالتالي يجب ان تتبلور او تتحقق في قواعد اخرى تفصيلية يضعها المشرع (الحكام) وهي القواعد القانونية البناءة. إلا ان القواعد القانونية البناءة التي يصوغ بها المشرع القواعد السننية، لاتستمد قوة الزامها ومن ثم قانونيتها من ارادة الحكام بل من القواعد القانونية السننية التي هي قواعد آمرة بحد ذاتها.

ولندع، الآن، العميد دكي يعرض لنا مفهومه لهذين النوعين من القواعد القانونية فيقول: "القاعدة القانونية السننية او السنة القانونية بالمعنى الدقيق هي القاعدة التي تفرض على كل فرد يعيش في المجتمع، امتناعاً معيناً او عملاً معيناً... والفرد يعي هذه القاعدة، وهو وعي غير واضح الى حد ما، لكن مهما كان بدائياً، فهو يعلم و يدرك او على الأقل يملك الحدس بانه اذا لم يخضع لها، فان الفئة الاجتماعية بكليتها ستتحرك ضده وانها يمكن ان تقيم قواعد لضمان تنفيذ... السنة... (و) اسمّي قواعد قانونية بناءة او تكنيكية تلك التي اقيمت لضمان... احترام وتطبيق قواعد القانون السننية. فهي تنظم اجراءات، تتخذ احكاماً، تحدد اختصاصات و... بكلمة تخلق طرق قانون لضمان احترام السنة القانونية"[2].

وعليه فان "طرق القانون" تستلزم تدخل القابض على القوة بغية تحقيق القانون عن طريق الارغام. هذا يعني "ان القواعد القانونية البناءة تفترض وجود دولة بدائية كانت ام متطورة. وليس من الضروري... ان تكون مصوغة في قانون وضعي مكتوب. فكثير منها هي (قواعد) عرفية... (إلا ان) القاعدة القانونية البناءة وان تضمنت وجود دولة، فانها مع هذا لا تستمد منها صفتها الآمرة... فالقواعد البناءة تكون آمرة... بقدر ما تستند الى سنة قانونية تقوم بضمان تنفيذها"[3].

---

(١) انظر: دكي، المطول، ج ١، ص٩٢.
(٢) دكي، المطول، ج ١، ص ١٠٦ – ١٠٧.
(٣) دكي، المطول، ج ١، ص ١٠٧ – ١٠٨.

فالقاعدة القانونية البناءة لكي تكون ملزمة يجب ان توجد وراءها قاعدة قانونية سننية تقوم الاولى بضمان تطبيقها واحترامها.

وعليه فالقاعدة التي تقضي: "لا تقتل انساناً ما لم تكن قد هوجمت من قبله"، هي بذاتها قاعدة قانونية اي قاعدة قانونية سننية تفرض على كل فرد يعيش في مجتمع، فهي ليست فقط قاعدة اخلاقية، بل هي ايضاً قاعدة قانونية. فالقاعدة التي تحرم القتل تصبح قاعدة قانونية من اللحظة التي يُدرك فيها ان القوة الاجتماعية يجب ان تتحرك لاجل ضمان هذه القاعدة. فتحريم القتل هو قاعدة قانونية قبل ان تصاغ في قانون عقابي وضعي، كما ان الاحكام المدونة في التقنينات العقابية هي احكام تكنيكية او بناءة تهدف إلى ضمان احترام السنن العقابية، المحرمة او الآمرة.

وفي التشريعات المدنية، فإننا نرى قبل كل شيء قواعد قانونية بناءة تخلق وتنظم التكنيك الضروري لتنفيذ القواعد السننية ذات العدد القليل.

ويقول دكَي اذا اخذنا مدونة نابليون كمثل وبصرف النظر عن قانون العائلة، فإننا نجد فيه ثلاث سنن قانونية لا غير: حرية التعاقد، احترام الملكية، الالتزام بتعويض الضرر المسبب للغير بخطأ. وعليه فان كل الاحكام الأخرى، التي جاء بها القانون المدني الفرنسي، هي ذات طبيعة تكنيكية او بناءة وتستمد قوتها الملزمة من القواعد السننية الثلاثة والتي تهدف الى ضمان تحقيقها. فأغلب القوانين الوضعية تتكون من احكام بناءة او تكنيكية وتفترض تنظيماً سياسياً متطوراً الى حد ما. وهي توجه، في الحقيقة، الى الحكام والى وكلائهم وملزمة لهم. وهذه القوة الملزمة للقواعد القانونية البناءة لا يمكن ان تفسر إلا اذا سلمنا بأنها تستند الى قاعدة قانونية سننية[1].

ثالثاً- مظاهر القاعدة القانونية

٧٩. العـرف

ان العرف، بالنسبة للعميد دكَي، ليس بمصدر للقانون وانما هو طريقة من طرق اقرار القاعدة القانونية الموضوعية.

ولأجل تحديد محمل هذه المعطية علينا، يقول دي، ان نعود ثانية الى التمييز بين القواعد القانونية البناءة والقواعد القانونية السننية.

فالقاعدة القانونية السننية هي نص مانع او آمر. اما القاعدة القانونية البناءة فإنها تحدد الطريقة المستخدمة لضمان تحقيق المنع او الأمر.

فوجود القواعد القانونية البناءة يتضمن، اذن، تمييزاً بين الحكام والمحكومين. وهذه القواعد توجه فقط الى الحكام، بالمعنى الواسع للكلمة، اي الى اولئك الذين يقبضون، في الفئة الاجتماعية، على قوة مرغمة[2]. واذا كان الامر كذلك، فان القواعد القانونية العرفية لن تكون إلا قواعد بناءة. "فاذا كان العرف، يقول دكَي، قاعدة ملزمة، فليس لأنها كذلك بذاتها، او لأنها مصدر للقانون، بل

(١) انظر: دكَي، المطول، ج ١، ص ١٠٨ – ١١٠.

(٢) انظر: دكَي، المطول، ج ١، ص ١٥٤.

لان الاجراءات التي تنجم عن الاستعمال يكون هدفها واثرها ضمان سنة قانونية ملزمة بذاتها... فليس العرف هو الذي خلق في فترة معينة... السنة التي تمنع القتل او السرقة، فقد خلق العرف فقط الاجراءات التي استخدمت لضمان هذا المنع. فلا حاجة اذن لان نبحث عن كيفية تفسير القوة القانونية الملزمة للعرف... فالسؤال لا يطرح. ان العرف يخلق الوسائل التي تستخدم لضمان سنة سابقة الوجود عليه وملزمة بذاتها. فهو يغترف قوته (الملزمة) من السنة التي يضمنها... وهو طريقة لادراك هذه السنة (اي) طريقة لاقرار القانون الموضوعي، ليس غير"[1].

ويوضح دكي فكرته بالعديد من الامثلة، فيقول: ان اول ظهور للقواعد القانونية العرفية كان في ميدان القانون الجنائي، فقد كان القابض على القوة يتدخل وفقاً للعرف. فخلال الفترة التي كان فيها الانتقام الشخصي مباحاً، كان القابض على القوة يتدخل بغية حمايته. وحين اصبحت عقوبة الجريمة في التعويض الذي يجب ان يدفعه الفاعل للضحية او لعائلته، كان القابضون على القوة يتدخلون لضمان دفع هذا التعويض. والأمر نفسه بالنسبة للقانون المدني وخاصة بالنسبة للعقود. ففي القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم لم تكن الشكليات التعاقدية التي اوجدها العرف الا مجموعة من الاجراءات المادية التي استخدمت لتحقيق السنن التي تحكم العلاقة بين المتعاقدين وتلزمهم باحترام عقودهم. وبعد ان زالت الشكليات اصبح العرف يحل محل سكوت الاطراف المتعاقدة ويحدد مدى ومحمل شروط العقد. فهو اذن قاعدة بناءة فقط وبالتالي يوجه الى الوكلاء المكلفين بتحقيق القانون. فالافراد باستطاعتهم ان يقيموا اتفاقات مفصلة، لكن اذا لم يقوموا بذلك فان القاضي، بغية تفسير الاتفاقات، يطبق العرف اي الاتفاقات المعمول بها عادة. فهو يفترض ان سكوت الاطراف المتعاقدة معناه رغبتهم في الرجوع الى العرف.

وعليه فان العرف لا يتضمن اي أمر موجه للافراد بل هو فقط قاعدة تفسير بالنسبة للقاضي. فالعرف يقيم اذن وسائل فنية لتحقيق سنة قانونية تقضي باحترام الاتفاقات، الا انه لا يخلق مطلقاً هذه السنة، وبالتالي فهو ليس بمصدر للقانون.

اما في ميدان القانون التجاري، فالصفة البناءة والتكنيكية للعرف تظهر بوضوح تام. فكل الاجراءات التي اقامها العرف التجاري واقرها بعد ذلك القانون المكتوب تهدف الى تحديد الوسائل السريعة لتحقيق وضمان العلاقات التعاقدية التي تستند الى السنة التي تقضي باحترام الاتفاقات. وقد عمت هذه الاجراءات لأنها ظهرت بالاستعمال عملية وسهلة، الأمر الذي حمل القاضي على الاعتراف بها وضمانها، فاكتسبت قوة ملزمة بالنسبة له فقط، في حين لا يلزم الافراد بالرجوع اليها. وكل ماقيل سابقاً عن تفسير الاتفاقات المدنية ينطبق كذلك على تفسير الاتفاقات التجارية التي يلعب العرف فيها دوراً كبيراً.

واخيراً فان الصفة البناءة المحضة للعرف تظهر بداهة في ميدان القانون العام. فالعادة التي اتبعها القابضون على القوة بأن يتصرفوا وفقاً لهذه الطريقة او تلك، لاجل ضمان قاعدة سابقة الوجود، هي التي تقيم القاعدة التكنيكية او العرفية. فالقاعدة العرفية لا يقيمها اذن ضمير الافراد، لأن جمهور الافراد لم يتدخل في ذلك، بل الذي تدخل هم فئة صغيرة من القابضين على

---

(1) دكي، المطول، ج ١، ص ١٥٥ - ١٥٦.

السلطة: الحكام او وكلاؤهم. فالاجراء المستخدم من قبلهم يصبح شيئاً فشيئاً قاعدة قانونية لانها تهدف إلى ضمان قاعدة نفذت عميقاً في جمهور الافراد باعتبارها ضرورية للتضامن الاجتماعي ومتطابقة مع العدالة.

والامثلة عديدة على ذلك، يكفي ان نذكر مثلاً "الطعن لتجاوز السلطة" الذي هو ليس الا اجراء تكنيكياً لضمان سنة نفذت عميقاً في الضمير القانوني الحديث والتي تقضي بأنه لا يجوز اتخاذ قرار فردي الا وفقاً لقاعدة سابقة الوجود عليه وذات محمل عام[1].

٨٠. القانون المكتوب

"صياغة واعلان القواعد القانونية السننية والبناءة، ذلك هو موضوع ما اصطلح على تسميته القانون المكتوب او القانون الوضعي"، يقول العميد دكي[٢].

واذا كان الأمر كذلك، فهل يعني هذا ان القانون الوضعي يكون بذاته مصدراً للقانون، متميزاً عن القاعدة القانونية التي تتكون تلقائياً، اي عن القاعدة القانونية الموضوعية؟ عن هذا السؤال يجيب العميد دكي قائلاً: اذا كان القانون (الموضوعي) هو نتاج تلقائي لضمائر الافراد، مستوحياً الشعور بالضرورة الاجتماعية والشعور بالعدالة، فان القاعدة القانونية هي هذا ولا يمكن ان تكون غير ذلك، فالقاعدة القانونية هي، اذن، هذا النتاج لضمائر الافراد ولا يمكن ان يكون الامر غير ذلك. وعلى هذا فانه لا يمكن ان تكون هناك "ازدواجية قانونية" في الفئة الاجتماعية: قاعدة قانونية تنشأ تلقائياً من ضمائر الافراد وقاعدة قانونية تفرض لأنها صادرة عن ارادة حاكمة (المشرع). فلا تعاصر، إذن، بين القاعدة القانونية التلقائية والقاعدة القانونية المفروضة، بل ان الاولى تستبعد الثانية[٣]. لذلك فإن "...القانون الوضعي لا يمكن ان يدرك إلا كطريقة للتعبير عن القاعدة القانونية، (و) المشرع لا يخلقها، بل يقرها، والقانون الوضعي لا يفرض إلا بقدر ما يتمشى مع هذه القاعدة، فالطاعة ليست للقانون بصفته هذه، بل... للقانون المعبر عن سنة قانونية... فالقانون (الوضعي) لا يمكن ان يكون ملزماً إلا اذا صاغ سنة قانونية سابقة الوجود عليه وخلقها ضمير اولئك الذين توجه اليهم"[٤].

إلا ان القانون المكتوب او القانون الوضعي، لا يقتصر دوره على اقرار القاعدة القانونية السننية وايجاد القواعد البناءة لضمان تطبيقها، فقد يتضمن قاعدة سننية ايضاً. ففي بعض الحالات يستخلص المشرع ويصوغ قاعدة سننية ويقوم العرف والقضاء بايجاد الوسائل التكنيكية لضمان

---

(١) انظر: دكي، المطول، ج ١، ص ١٥٥ – ١٥٩.

(٢) دكي، المطول، ج ١، ط٣، ص ١٦٩.

(٣) انظر: دكي، المطول، ج ١، ص ١٧٠ – ١٧١.

(٤) دكي، المطول، ج ١، ص ١٧١.

فالقانون الوضعي لا يختلف عن العرف من حيث صياغة واقرار القانون الموضوعي، إلا انه يتميز عن العرف بدقته في اقرار القاعدة القانونية، بمعنى إن الوسائل التكنيكية لتحقيق القاعدة القانونية تمتاز، في القانون الوضعي، بالدقة والوضوح وتحديد من توجه اليه، بينما هي في العرف أقل دقة واكثر بطأً في تكوينها.

تطبيقها. فبعد صدور قانون ٩ كانون الأول ١٩٠٥ القاضي بفصل الدين عن الدولة في فرنسا، وبتكوين جمعيات ثقافية بغية ممارسة الشعائر الدينية في الكنائس، منع البابا بيوس العاشر الكاثوليك في فرنسا من تكوين هذه الجمعيات. فصدر قانون في ١٩٠٧ ينص (م٤) على انه حتى في حالة عدم تكوين هذه الجمعيات، فإن أبنية العبادة واثاثها تبقى تحت تصرف من يمارس العبادة ويشرف عليها. ولم يتضمن القانون اي نصوص بناءة لتنفيذ او تحقيق هذه "القاعدة السننية".

إلا ان العرف والقضاء قاما بذلك. ويرى العميد دكَي ان القواعد البناءة الضرورية لضمان تطبيق القاعدة السننية، لا تجد قوتها القانونية في قرارات القضاء، كما ان القاعدة السننية التي نص عليها قانون ١٩٠٧ لا تجد اساسها وقانونيتها في ارادة المشرع بل في انسجامها مع الضمير القانوني في فرنسا في الوقت الذي صدرت فيه وهي السند للقواعد البناءة التي ضمنتها[1].

فمهما وضع المشرع من قواعد واحاطها باجراءات تكنيكية للتنفيذ، فان هذه القواعد تبقى بدون اثر او نصاً ميتاً طالما هي لم تستمد قوتها القانونية من موافقة الضمائر القانونية. ويسوق العميد دكَي مثلاً على ذلك قانون ٥نيسان ١٩١٠ في فرنسا الذي الزم العاملين في عدد من القطاعات بدفع الاستقطاعات التقاعدية. إلا ان هذا القانون بقي نصاً ميتاً خلال ١٧عاماً، لان الاغلبية بقيت غير مكترثة به، مما ادى بالسلطة الى ان تتخلى عن تطبيق النصوص التي تساعد على تنفيذه.

فالسنة القانونية المتعلقة بالتقاعد الاختياري، في تلك الفترة يقول العميد دي، هي التي تتجاوب مع الضمير القانوني، اما تلك المتعلقة بالتقاعد الاجباري فلم تنفذ في ضمير جمهور الافراد. فمن الخطأ اذن اعتبار التقاعد الاجباري قاعدة قانونية، فهي "قاعدة تشريعية" فقط.

لذلك يمكن القول انه بالرغم من التطور الواسع للنشاط التشريعي الوضعي، في المجتمعات الحديثة، فانه لا يوجد تطابق كامل بين القانون الموضوعي و "القانون التشريعي" على حد تعبير العميد دكَي، اي بين القانون الموضوعي والقانون المكتوب او الوضعي، فالقانون المكتوب يمكن ألاّ يكون القانون الموضوعي، وبالتأكيد فهو ليس كل القانون الموضوعي[2].

كما انه من الممكن ايضاً ان يكون النص الوضعي في تناقض ظاهر مع "الضمير القانوني" وبالتالي فانه لا يمكن ان يعتد به اي هو إلى اندثار. وحينئذٍ يطرح السؤال التالي: هل يستطيع العرف ان يلغي نصاً قانونياً صريحاً؟ سؤال، يقول دكَي، مطروح بشكل مغلوط.

وسبب ذلك يعود الى ان "العرف والقانون (المكتوب) ليسا... بذاتيهما قواعد قانونية (وبالتالي) فإنه لا يمكن ان تطرح قضية الغاء احدهما من قبل الآخر. لكن حينما يكون اكيداً... أن العرف هو الذي يظهر حقيقة السنة القانونية وأن النص الوضعي هو بصورة اكيدة في تناقض معها، عندها... يصبح من المستحيل ان ننكر انه يجب الأخذ بالسنة التي اظهرها العرف"[3].

---

(١) انظر: دكَي، المطول، ج ١، ص ١٨١ – ١٨٢.

(٢) انظر: دكَي، المطول، ج ١، ص ١٨٣.

(٣) دكَي، المطول، ج١، ص١٧٦.

في مطلع البند السابع عشر من الجزء الأول من مطوله في القانون الدستوري، يطرح العميد دكي السؤال التالي: هل يوجد وهل يمكن ان يوجد قانون دولي؟ بكل تأكيد نعم، يجيب العميد دكي[١].

ولكي يكون هناك "قانون دولي" يجب ان يكون هناك "قانون موضوعي" يحكم العلاقات بين "الدول" يُفرض عليها ولا يكون وليد ارادتها.

وكما ان القاعدة القانونية او القانون الموضوعي ينظم حياة الفئة الاجتماعية اي العلاقة بين افراد هذه الفئة، فإنه من الممكن ان تنشأ علاقات بين افراد الفئات الاجتماعية المتعددة وبالتالي فانه من الممكن، يقول دي، ان ينشأ قانون موضوعي ينظم العلاقة بين افراد هذه الفئات. فالتضامن الاجتماعي لا يوجد فقط بين اعضاء الفئة الاجتماعية الواحدة بل يمكن ان يوجد ايضاً بين اعضاء الفئات الاجتماعية المتعددة. واذا حدث بعد ذلك في هذه الفئات الاجتماعية التمييز السياسي أصبحت دولاً (مهما كان حجمها وشكلها) فان روابط تضامن لا يمكن انكارها تربط أيضاً افراد هذه الدول.

وكما ان القاعدة القانونية هي في اساسها قاعدة اقتصادية او اخلاقية شعر الافراد المكونون للفئة الاجتماعية بضرورة تنظيم جزاء ضد من يخرقها، فكذلك القاعدة القانونية "الدولية" هي في اساسها قاعدة اقتصادية او اخلاقية تصبح قاعدة قانونية حين يشعر الافراد المكونون للفئات الاجتماعية بضرورة تنظيم جزاء لمن يخرقها. وعليه فالقاعدة القانونية الدولية تظهر حين يوجد الشعور عند جمهور الافراد المكونين للفئات الاجتماعية بان قاعدة اقتصادية او اخلاقية ضرورية بالنسبة للتضامن الاجتماعي الموجود بين اعضاء هذه الفئات بحيث ان جزاء هذه القاعدة يجب ان ينظم وان من العدل ان ينظم مثل هذا الجزاء.

"هناك قاعدة قانونية دولية، يقول دكي، من اللحظة التي يوجد فيها الوعي الدولي بان مثل هذه القاعدة يجب ان تحترم وانه من العدل ان يكون الامر كذلك، وان ذلك ضروري لبقاء التضامن الدولي"[٢].

وهكذا فانه بجانب القانون الموضوعي الداخلي، يوجد بالنسبة لدي، قانون موضوعي دولي. إلا ان هذا "القانون الدولي" هو قانون ينظم العلاقة بين افراد الفئات الاجتماعية وليس العلاقة بين هذه الفئات نفسها، لأن هذه الفئات لا تملك، كما يقول دكي، شخصية وليس لها شعور ولا ارادة متميزة عن شخصية وشعور وارادة الافراد المكونين لها. فموضوع "القانون الدولي"، إذن، هو الافراد وليس الدول[٣].

واذا كان هذا هو اساس القاعدة الدولية، فاننا نتخلص، يقول العميد دكي، من الاعتراض الذي وجه دائماً الى القانون الدولي وهو: لا يمكن وجود قانون دولي لانه لا توجد سلطة آمرة تفرض قاعدة دولية على الدول المختلفة.

---

(١) دكي، المطول، ج١، ط٣، ص١٨٤.

(٢) دكي، المطول، ج ١، ص ١٩١.

(٣) انظر: دكي، المطول، ج ١، ص ١٨٤ – ١٨٨.

إلا ان هذا الاعتراض لا معنى له اذا سلمنا بان القاعدة القانونية ليست أمراً مفروضاً من قبل ارادة عليا على ارادة ادنى، بل هي تدرك من قبل الافراد بأنها ملزمة ويجب ان تجازى حتى قبل ان تطبق: "القوة الملزمة للسنة القانونية، يقول دكي، لا تتضمن مطلقاً وجود ارادة عليا تفرض على ارادة ادنى. انها تتضمن فقط الشعور عند جمهور الافراد بصفتها الملزمة، وهذا ما أسميه... الوعي القانوني. (و) القاعدة القانونية الدولية لا تتضمن كذلك وجود دولة عليا تفرض ارادتها على دول ادنى، انها تتضمن فقط وعياً قانونياً دولياً، اي الادراك عند جمهور الافراد التابعين لفئات دولية مختلفة، بينهم علاقات، بأنه من العدل ان قاعدة اخلاقية او اقتصادية يجب ان تجازى باستخدام القوة اذا أقتضت الحاجة، (اي) الشعور بان احترام هذه القاعدة لابد منه لبقاء التضامن الدولي. وسواء اكانت القوة التي يجب ان تحقق هذا الجزاء منظمة ام لم تكن، او حتى التي لا يمكن ان تكون منظمة، فلا يهم ذلك. فالقاعدة القانونية الدولية توجد من اللحظة التي يوجد فيها وعي دولي بان مثل هذه القاعدة يجب ان تحترم وانه من العدل ان يكون الامر كذلك، و لان ذلك ضروري لبقاء التضامن الدولي"[1].

إلا ان القاعدة او القواعد الدولية وان كانت تطبق على افراد الدول كافة الا انها تطبق بصورة خاصة على الحكام الذين ستكون لهم علاقات فيما بينهم وهم الذين يدافعون عن المصالح الاقتصادية للمحكومين[2].

"ولأن جمهور الافراد، يقول دي، اقتنعوا بعمق بفكرة انه عندما يعقد حكام فئتين قوميتين متميزتين اتفاقا، فإنه سيكون خطراً بالنسبة للتضامن الدولي ومخالفاً للشعور بالعدالة ان يخرق مثل هذا الالتزام من دون جزاء، ولهذا السبب تكونت... القاعدة القانونية التي تقضي بان كل اتفاق دولي ملزم بالنسبة للحكام الذين عقدوه"[3].

إلا ان هذا يمكن ان يصطدم باعتراض هو: لا يمكن تفسير استمرار الالتزامات التعاقدية التي تبقى برغم تبدل الحكام ولا يمكن تفسير كيف ان الاتفاقات الدولية لا تلزم الحكام الذين وقعوها فحسب، لكنها تلزم من يخلفهم ايضاً، إلا اذا سلمنا بان اطراف هذه الاتفاقات هي الدول التي تبقى شخصيتها برغم تغير الحكام.

إلا ان هذا الاعتراض لا قيمة له، يقول العميد دكي، إذ تحكمه فكرة ان الوضع القانوني الذي يولد نتيجة لاتفاق يجد سببه في الاتفاق ذاته (اعلان الارادة)، وبناء عليه لكي تلزم الدولة فان ارادتها (المعبر عنها بوساطة ممثليها الحكام)، هي المعبر عنها في الاتفاق.

لكن اعلان الارادة، يقول العميد دكي، ليس السبب الخلاق للوضع القانوني الذي يولد نتيجة لعمل قانوني، بل هو، في الحقيقة، شرط لتطبيق السنة القانونية. وعليه حين يوقع الحكام اتفاقاً دولياً، فهم يحددون شروط تطبيق قاعدة قانونية دولية تطبق ليس بفضل الاتفاق لكن بفضل قوتها الذاتية على كل الحكام الحاليين والمستقبليين للجماعات المعنية وكذلك حال كل قواعد القانون الدولي[4].

(١) دكي، المطول، ج ١، ص ١٩١.
(٢) انظر: دكي، المطول، ج ١، ص ١٨٩.
(٣) دكي، المطول، ج ١، ص ١٩٠.
(٤) انظر: دكي، المطول، ج ١، ط ٣، ص ٧٢٥ – ٧٢٦.

٣§- قيمـة مذهـب دكَي

اولاً- تأثير مذهب دكَي

٨٢ . مـدرسـة بـوردو

لا شك ان تأثير مذهب دكَي على الفكر القانوني ليس له نظير في الازمنة الحديثة غير تأثير مذهب كلسن. فلم يجعل دكَي من القانون بناءً عقلياً، بل علماً للظواهر الاجتماعية، وهو بهذا قد خلص القانون من كل المفاهيم التي لا تجد اساسها في التجربة والاستقراء.

وقد جدد دكَي مذهب القانون العام بعد ان كان يقوم على مفاهيم اثبت عدم صحتها او ابتعادها عن الواقع، كفكرة السيادة(1) والشخصية المعنوية. ولذلك فليس من قبيل التجوز القول بأن القانون العام لم يعد من بعد دكَي كما كان من قبله. لهذا فقد كان تأثير دكَي كبيراً، اولاً، في القانون الاداري(2). يكفي ان نذكر ثلاثة من اعلام القانون الاداري الفرنسي الذين تمسكوا بتكنيك مدرسة بوردو: جيز، بونار ودلوبادير. ففي مطلع كتابه " المطول في القانون الاداري "،يقول الاستاذ اندره دلوبادير: "هذا الكتاب هو، في توجهاته الرئيسة، مستوحى من الطريقة والافكار... التي طبقها ليئو دكَي والقانونيون من انصار مدرسته على دراسة القانون العام... وليس من قبيل المغالاة في الوفاء ان وجدنا هنا جوهر المعطيات القانونية التي سبق ان استخدمتها "مدرسة بوردو" بل لأنها ظهرت لنا صالحة لحد الآن"(3).

ثم ان تأثير دكَي في مجال القانون الدستوري وعلم السياسة واضح ايضاً. فاعمال موريس دفرجة متأثرة الى حد كبير بطريقة وبمفهوم عميد بوردو للظواهر الاجتماعية.

اخيراً فقد اعطى دكَي "القانون الدولي" روحاً جديدة او "معنى" جديداً على حد تعبير الاستاذ جورج سل الذي استلهم الكثير من آراء وطريقة دكَي في اقامة نظريته حول اسس القانون الدولي التي طرحها في "المطول" و "الوسيط" في القانون الدولي العام. وكما لاحظ الاستاذ بريمو فان مفهوم سل للقانون الدولي العام الذي كان تأثيره عميقاً في القانون الدولي العام الوضعي وفي الفقه، هو رنين فكر ليئو دكَي في الحياة الدولية (وهو) فكر جد غني بحيث ان صداه... في علم القانون الفرنسي لم يخفت لحد الآن"(4).

٨٣ . ثورة في التكنيك القانوني

وبالاضافة الى نظريته عن القانون الموضوعي وما خلقه من تيار سوسيولوجي عارم في دراسة المشاكل القانونية، فقد اغنى العميد دكَي التكنيك القانوني بشكل لا مثيل له، فنظريته عن الاعمال

---

(١) حول انكار دكَي للسيادة، انظر: منذر الشاوي، نظرية السيادة، المرجع السالف الذكر، ص٤٢ وما بعدها.

(٢) يقول الاستاذ جيز: "ان اعمال دكَي حددت معلماً اساسياً في تأريخ القانون الاداري الفرنسي، فبتطبيق منهج دكَي الواقعي جُدد القانون الاداري الفرنسي بكامله". (جيز: تأثير... دكَي في القانون الاداري الفرنسي، المقال السالف الذكر، ص ١٣٥ – ١٣٦).

(٣) A. de LAUBADÈRE: Traité de droit Administratif. PARIS. L. G.D.J. 1953. PP 9- 10.

(٤) بريمو: الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة، ط ٢، ص ٢٠٨.

والتصرفات القانونية - التي هي نتيجة لمفهومه الموضوعي للقانون - كان لها اكبر الاثر في تطوير القانون الاداري واحكام مجلس الدولة في فرنسا.

فقد كانت النظرية التقليدية تعتبر ان الاثر الذي يحدثه التصرف القانوني هو نتيجة لارادة صاحب التصرف، اي انها تصل الى ما يسمى "سلطان الارادة". اما دكي فقد قال ان الارادة لا ترتب الاثر القانوني، بل هي الشرط الاساس لتطبيق القانون.

فخضوع الفرد للقانون قد يكون مباشراً او يتوقف على عمل قانوني معين، هذا يعني ان كيفية خضوع الفرد للقانون تتوقف على "الوضع القانوني La Situation Juridique" للفرد، فإما ان يكون الفرد في "وضع قانوني موضوعي" وذلك حين يحدد القانون هذا الوضع، واما ان يكون في "وضع قانوني ذاتي" وذلك حين يحدد تصرف قانوني فردي هذا الوضع.

وانطلاقاً من هذا التمييز بين الاوضاع القانونية، يصنف دكي الاعمال القانونية الى ثلاثة انواع، فالعمل القانوني الذي يخلق او يغير او ينهي وضعاً قانونياً موضوعياً هو "عمل قاعدي Acte - règle" كالقانون او النظام. والعمل القانوني الذي يخلق او يمس وضعاً قانونياً ذاتياً، هو "عمل ذاتي Acte - Subjectif" كالعقد. اما العمل القانوني الذي يكون شرطاً لتطبيق وضع قانوني موضوعي، فهو "عمل شرطي Acte - condition" كتعيين موظف.

وقد قدمت هذه الثروة التكنيكية اكبر خدمة لعلم القانون وتبناها عدد من المشتغلين بالقانون العام، حتى ممن لم يسلموا بمعطيات مذهب دكي، وكذلك من قبل بعض كتاب القانون المدني.

إلا ان "الثورة الدكية" هي ليست فقط في ميدان التكنيك القانوني وطريقة البحث، بل بالأخص في النظرة الى اساس القانون، بحيث ان اصالة دكي هي في فلسفته القانونية التي تقوم اساساً على مذهبه حول القانون الموضوعي الذي يتجسد في فكرة القاعدة القانونية التي هي محل انتقاد في العديد من جوانبها.

ثانياً - نقد مذهب دَكي

٨٤. نشأة القاعدة القانونية

إن القواعد الاقتصادية والاخلاقية تصبح قواعد قانونية، يقول دكي، حينما يولد شعور عند الافراد بان جزاءً يجب ان ينظم ضد خارقي هذه القواعد، لأنها ضرورية لبقاء التضامن الاجتماعي في الفئة الاجتماعية: فالقاعدة القانونية لا يمكن التعرف عليها بواسطة محتواها فقط (بالرغم من انها تتمشى مع التضامن الاجتماعي) بل حينما يولد شعور عند الافراد بضرورة تنظيم جزاء ضد من يخرق هذا المحتوى.

غير انه ليس من السهل معرفة متى سيتم تحويل القواعد الاخلاقية والاقتصادية الى قواعد قانونية، فمن الصعب ان نحدد بالضبط متى تنشأ او توجد القاعدة القانونية، وسبب ذلك يرجع الى ان العميد دكي ترك تحديد القاعدة القانونية الى شعور او ضمائر الافراد.

فعندما يكون هناك شعور عند الافراد بضرورة تنظيم جزاء ضد من يخرق قاعدة اقتصادية

او اخلاقية فعند ذاك تتحول هذه القاعدة الاجتماعية الى قاعدة قانونية.

لكن هل من المستطاع تثبيت هذا الشعور من الناحية الكمية والزمنية لكي نستطيع المناداة بولادة قاعدة قانونية جديدة.

حقاً ان دكـي يقول بان القاعدة الاجتماعية تتحول الى قاعدة قانونية في اللحظة التي يكون فيها "الشعور الاجماعي" او "شبه الاجماعي" للافراد بأنه من الضروري تنظيم جزاء ضد من يخرق هذه القاعدة.

إلا انه اذا كان من الممكن تحديد هذا "الاجماع" فإنه ليس من السهل تحديد "شبه الاجماع"، واذا امكن تحديد الاجماع وشبه الاجماع فإنه من الصعب معرفة اللحظة التي يولد فيها هذا الشعور الاجماعي او شبه الاجماعي عند الافراد.

ثم لنفرض اننا تخطينا هذه الصعوبة واستطعنا ان نحدد بدقة وجود قاعدة من قواعد القانون الموضوعي، عندها تثار صعوبة أخرى، وهي كيف نحدد بصورة دقيقة مضمون هذه القاعدة؟ فالقاعدة القانونية تحتاج، في الحقيقة، الى ان يحدد مضمونها لكي تطبق اي يعرف مدى وكيفية خضوع الافراد لها. لكن لمن يعود أمر هذا التحديد؟ ان دكـي لا يعطينا حلاً لتجاوز هذه الصعوبة، إذ ليس حلاً ان يقال ان هذا التحديد يناط بمجموع الافراد المكونين للفئة الاجتماعية. فهؤلاء الافراد وان ولد الشعور عندهم بضرورة تنظيم جزاء لقاعدة اجتماعية (لكي تصبح قاعدة قانونية)، الا انه من الصعب او من المستحيل معرفة ارادتهم بالضبط، اي معرفة مايريده الرأي العام حول مضمون القانون الموضوعي.

٨٥. موضوعية القاعدة القانونية

وهذا القانون الموضوعي، هل هو "موضوعي" حقيقةً اي انه مقام على وقائع موضوعية يمكن ملاحظتها واقرارها. ان دكي يقيم القاعدة القانونية على شعورين يولدان في ضمائر الافراد المكونين للفئة الاجتماعية وهما: الشعور بالتضامن الاجتماعي والشعور بالعدالة.

هذا يعني ان القاعدة القانونية توجد لأن مضمونها يتطابق مع التضامن الاجتماعي ومع العدالة. وهذا التطابق (لكي تولد القاعدة القانونية) يعيه الافراد اي يشعرون به. وعندما يشعر هؤلاء الافراد بتطابق قاعدة اجتماعية مع التضامن الاجتماعي ومع العدالة، عند ذاك تولد في ضمائرهم ضرورة تنظيم جزاء ضد من يخرق او سيخرق هذه القاعدة. وهكذا يمكن القول ان مصدر القاعدة القانونية هو في شعورين يولدان عند الافراد: الشعور بالتضامن الاجتماعي والشعور بالعدالة.

حقيقة ان الشعور بالتضامن الاجتماعي لا يولد تلقائياً او اعتباطاً عند الافراد، وانما هو انعكاس لواقعة موضوعية ملموسة وهي واقعة التضامن الاجتماعي. فهناك، اذن، تضامن اجتماعي فشعور او ادراك الافراد لهذا التضامن الاجتماعي. بناءً عليه، فان القاعدة القانونية تستند في مصدرها الى واقعة موضوعية وبالتالي فهي موضوعية في مصدرها، لكن اذا كان الامر كذلك بالنسبة للشعور بالتضامن الاجتماعي، فهل هو كذلك بالنسبة للشعور بالعدالة؟ فالشعور بالتضامن

الاجتماعي هو انعكاس لواقعة موضوعية هي التضامن الاجتماعي، لكن ماهي الواقعة الموضوعية التي سيكون الشعور بالعدالة انعكاساً لها؟ بعبارة أخرى، هل هناك واقعة موضوعية يكون الشعور بالعدالة انعكاساً لها؟ هذا الشعور لا يمكن ان يكون، في الحقيقة، الا انعكاساً للعدالة. لكن ما العدالة؟ هي تقييم للأمور يختلف باختلاف الافراد وباختلاف الزمان والمكان. إلا ان دكي يرفض ان يكون شعور العدالة انعكاساً للعدالة نفسها ويكتفي بالقول باننا يجب ان نقر شعور العدالة الذي يحس الانسان بحاجته إليه.

"حين اتكلم عن الشعور بالعدالة، يقول العميد دكي، فانا لا اقصد الفكرة المهمة الى حد ما، التي يقيمها الافراد في فترة وفي فئة معينة، عمّا هو عادل او غير عادل. ففكرة العدل وعدم العدل جد مختلفة ومتغيرة. لكن الشعور بالعدل وعدم العدل هو عنصر دائم في الطبيعة البشرية"[(١)].

لكن "شعور العدالة" هذا اليس هو ظاهرة نفسية عند الانسان وبالتالي فهي ليست بواقعة موضوعية؟ وعليه فان القانون يجد مصدره (أو أحد جوانب مصدره في الحقيقة) ليس في واقعة موضوعية، بل في ظاهرة نفسية اي ذاتية عند الانسان وهي العدالة او الشعور بالعدالة.

وعند ذاك لا يمكن القول، كما يدعي دكي، اننا اقمنا القانون على وقائع موضوعية وبالتالي فمن الصعب الكلام عن قانون "موضوعي".

فالقانون قد أقيم، في احد مصادره، على الفكرة التي يكونها الافراد عن العدالة، فهووليد ما يفكر به الانسان لا ما يقره كواقعة موضوعية.

٨٦. أساس القاعدة القانونية

لكن لنمر سريعاً على هذا التناقض في مذهب دكي، إذ إن هناك ما يبرر ذلك: فهو لم يدخل فكرة العدالة كأساس من اسس القانون الا عام ١٩٢١ اي قبل وفاته باعوام قليلة. ولنأت إلى فكرة او واقعة التضامن الاجتماعي التي تعتبر اساس القاعدة القانونية.

ان العميد دكي كوضعي او مؤمن بالمنهج الوضعي او الواقعي في البحث يقر واقعة التضامن الاجتماعي الموجودة في كل فئة اجتماعية ويبني عليها قانونية القواعد الاجتماعية، فالقواعد الاجتماعية (اخلاقية او اقتصادية) تكون قواعد قانونية اذا تطابق مضمونها اوتمشى مع متطلبات التضامن الاجتماعي. لكن هل التضامن الاجتماعي هو الواقعة الوحيدة الموجودة في الجماعات البشرية، ام توجد بجانبها وقائع اخرى قد لا تقل اهمية وضرورة عن واقعة التضامن الاجتماعي، كواقعة الانتقاء مثلاً؟ اليست واقعة الانتقاء وبقاء الاصلح في طبيعة الاشياء؟ "ألا نرى... ان التنافس هو قانون الحياة، حتى على الصعيد النباتي والحيواني، وهو عامل التقدم؟"[(٢)].

---

(١) دكي: المطول في القانون الدستوري، ج ١، ط ٣، ص ١١٩.

(٢) باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص ٤٥٧ وهامش ٤٩٥.

فلماذا، اذن، هذا التمسك بواقعة التضامن الاجتماعي وحدها؟ فكان على العميد دكي ان يقتصر على اقرار الوقائع ويبني على اساسها قانونية القواعد الاجتماعية، لا ان يفضل احداها على الأخرى. فهو قد اختار، في الحقيقة، من بين الوقائع الاجتماعية واقعة التضامن وجعل منها اساساً للقانون، وهذا الاختيار هو اختيار ذاتي لا يخلو من اعتبارات ميتافيزيقية. حقاً ان دكي يستطيع القول بأنه لا يبتدع التضامن الاجتماعي. فهو موجود، في الواقع، في كل الفئات الاجتماعية وانه قد اقر واقعة التضامن الاجتماعي[1]. لكن لماذا اقتصر في اقراره على هذه الواقعة فقط؟ الا توجد، كما قلنا، بجانبها وقائع اخرى ضرورية (بل ربما اكثر ضرورة) بالنسبة لحياة وتطور الفئة الاجتماعية؟ ولنفرض ان التضامن الاجتماعي هو وحده موجود في الفئات الاجتماعية، لكنه ليس إلا واقعة. وبناء عليه، من اين يأتي الالزام بوجوب الابقاء على التضامن الاجتماعي وتطويره بحيث ان القواعد الاجتماعية التي تتطابق مع التضامن الاجتماعي تكون قواعد قانونية ملزمة؟

في الحقيقة لا يمكن ان يجاب ان التضامن الاجتماعي ضروري لحياة الجماعة وان الفرد (الذي لا يمكنه العيش بدون الجماعة) يجب ان يخضع او يتصرف وفقاً لقانون الجماعة وهو التضامن الاجتماعي. فالفرد سيخضع، حينذاك، للتضامن الاجتماعي كما تخضع الظواهر الطبيعية للقوانين التي تحكمها،بحيث ان ما يحكم الفرد سيكون قانوناً من قوانين الطبيعة، بالضبط كالقوانين التي تحكم الظواهر الطبيعية. إلا ان الوقائع الاجتماعية تختلف عن الوقائع الطبيعية وبالتالي فان القوانين التي تحكم الوقائع الاجتماعية تختلف، كما يعترف دكي[2]، عن القوانين التي تحكم الوقائع الطبيعية.

فالقوانين الاجتماعية لا تقتصر على اقرار الوقائع والربط بينها (كما هو الحال بالنسبة للقوانين الطبيعية) بل تتضمن ما يجب ان يكون عليه تصرف الافراد في المجتمع اي انها تتضمن أمراً. إلا ان هذا الأمر لا تمليه، في الحقيقة، واقعة (التضامن الاجتماعي) بل ارادة يصدر عنها هذا الأمر.

واذا كان التضامن الاجتماعي ضرورة فعلية فأنه لا يمكن ان يكون اساساً لالزام قانوني: فالضرورة الفعلية لا يمكن ان تتحول الى ضرورة قانونية.

"ان التضامن الاجتماعي المزعوم، يقول العميد جني، ليس، في ذاته، إلا واقعة... إلا انه يجب ان نثبت كيف ان هذه الواقعة، حتى اذا افترضنا انه لا يمكن انكارها، تولد الالتزام بالتمسك بها وتطويرها. وعبثاً قيل ان التضامن يظهر كشرط اساس للحياة في المجتمع، والانسان الذي لا

---

(١) "التضامن هو من دون شك شرط ضروري للتطور وحتى لبقاء المجتمعات، لكنه شرط لا يتحقق دائماً: فهناك مجتمعات تموت". (فيرالي: الفكر القانوني، المرجع السالف الذكر، ص XV1).

(٢) انظر: دكي، المطول، ج ١، ص ٦٨، ٧٩.

(و) نحن نسأل دائماً كيف ان هذه
يمكنه تجاوز هذه الحياة، مرغم بهذا على ممارسة التضامن،
الضرورة الفعلية تتحول الى ضرورة قانونية"(٢).

---

(١) جني: العلم والتكنيك، ج ٢، ص ٢٦٢ – ٢٦٣.
وقد تصدى العميد دكي لهذا الانتقاد وخاصة لما قاله العميد جني، مبيناً ان نقده، ونقد الآخرين ايضاً، يتلخص في ان "كل قاعدة سلوك موجهة
للانسان، لا يمكن ادراكها إلا اذا كانت مقامة على مبدأ يعلو على الانسان، فالواقعة البسيطة لا يمكن ان تمنح الشرعية لقاعدة".
(المطول، ج ١، ط ٣، ص ٧٥).
فالمسألة الاساس، اذن، في هذا النقاش تتعلق اولاً وقبل كل شيء بالأمر الذي تتضمنه القاعدة القانونية. لذلك فان دفاع العميد دكي سينصب بالدرجة
الاولى على اثبات ان القاعدة القانونية لا تتضمن أمراً. فهو يلجأ الى تحليل طبيعة القاعدة الاجتماعية (انظر: اعلاه، ص ١٥٢- ١٥٤) فيقول: ان
الخلايا المكونة لكائن تخضع لقانون هذا الكائن. كذلك فان الافراد المكونين لفئة اجتماعية يخضعون لقانون هذه الفئة. إلا ان قانون الكائن لا نسميه
سنة. لاننا لا نستطيع ان نؤكد ان الخلايا المكونة له واعية، اما قانون الفئة الاجتماعية فنسميه سنة لان الافراد الاعضاء فيها يتصرفون بوعي. وما عدا
هذا الفارق لا يوجد اي شيء آخر يميز قانون الكائن الحي عن قانون المجتمع البشري.
واذا كان القانون البيولوجي مقام على الواقعة التي تكون هذا الكائن، فلماذا لا يمكن ان تقام السنة الاجتماعية على واقعة المجتمع. (المطول، ج ١، ص
٧٨ – ٧٩).
فالقاعدة الاجتماعية هي قانون غائي ينظم التنسيق بين الافراد في الفئة الاجتماعية بتحديد افعالهم وبفرض بعض التصرفات عليهم. واذا كانت
القواعد الاجتماعية لها هذه الصفة "الملزمة"، المعترف بها من الكل، فلماذا لا تحتفظ بها حين تصبح قاعدة قانونية؟ لذلك فان الاعتراض الذي
يقول بان الواقعة غير قادرة على اقامة القاعدة التي تحكم الواقعة التي انجبتها، غير وارد. والسبب في ذلك، يقول العميد دكي، ان هذه القاعدة لا
تتضمن أمراً، بل هي التعبير عن القانون الذي يحكم حالة واعية كما انها ليست أمراً صادراً عن ارادة عليا. (المطول، ج١، ص٧٩ – ٨٠). ان القاعدة
الاجتماعية ليست شيئاً آخر غير القانون الملازم للواقعة الاجتماعية، الذي يحدد السلوك الايجابي او السلبي الذي يجب ان يتخذه كل اعضاء الفئة
الاجتماعية، لكي تستطيع هذه وكل الافراد المكونين لها، العيش والتطور، وهو قانون يؤدي خرقه حتماً الى رد فعل الذي هو حال فئة مرتبطة طبيعياً
بالقانون الذي يحكم حياتها (المطول، ج١، ص٨١ – ٨٢).
وعليه فان "السنة الاجتماعية" لا تتضمن أمراً بل حكماً افتراضياً "Jugement Hypothétique"، يقول العميد دكي. هذا يعني ان (أ)
اذا قام بشيء او امتنع عن القيام به، فان (ب) سيتحقق. و(ب) هو اضطراب اجتماعي يُحدث رد فعل.
فيجب اذن ان يقوم (أ) بشيء او ان يمتنع عنه والا نتج اضطراب اجتماعي وان الحياة الفردية والاجتماعية ستتأثران بذلك. وبما ان الافراد يعون هذه الواقعة،
وبما ان (أ) يعي بانه اذا لم يتصرف او يمتنع عن ذلك، فان نتائج اجتماعية ستحدث والتي من شأنها ان تسبب ضرراً في الحياة الاجتماعية والفردية معاً،
فلذلك، يقول العميد دكي، ان "لي الحق تماما ان أقول ان القانون الذي يحكم كل فئة اجتماعية هو سنة او قاعدة". (المطول، ج ١، ص ٨٢).
ونود ان نلاحظ ان المناقشة "العلمية" لطروحات دكي تقضي، باديء ذي بدء، استبعاد الاستناد على "المذهب التقليدي" الذي يمثله العميد جني،
في الاعتراض على هذه الطروحات، لان هذه الاعتراضات، يقول العميد دكي، يكمن وراءها استمرار السيطرة الميتافيزيقية والدينية عند المعترضين
والذين لا يستطيعون التخلص منها. (المطول، ج ١، ص ٧٦).
لكن السؤال يبقى مطروحاً: كيف ان الواقعة تنجب القاعدة القانونية؟
ولا يكون جواباً مقنعاً لهذا السؤال، القول بان القاعدة القانونية لا تتضمن، في الحقيقة، أمراً. إلا ان تحليل بنية القاعدة القانونية يظهر ان حكم
القاعدة القانونية يمكن ان يكون الزاماً بعدم القيام بشيء او قد يكون الزاما بعمل شيء، وهو جوهر القاعدة القانونية. فالحكم القانوني هو "سنة"
او قاعدة توجه سلوكاً، فكل قاعدة قانونية، اذن، تتضمن أمراً، اي ما يجب ان يكون عليه سلوك الافراد.
إلا ان القاعدة القانونية، بالنسبة للعميد دكي، ليست بقاعدة آمرة بل هي قاعدة تنسيق، فهي لا تأمر، بل تنسق. كيف؟ وهنا يقارن العميد دكي بين
الكائن الحي والفئة الاجتماعية، ليخلص، كما رأينا، الى التطابق بينهما من حيث الجوهر، وبالتالي اذا كان القانون الذي يحكم الكائن الحي مقاما
على واقعة (بيولوجية) فإنه يمكن ان يكون كذلك بالنسبة للفئة الاجتماعية ومن ثم فان السنة التي تحكمها تقام هي الاخرى على واقعة (المجتمع).
إلا ان تشبيه الكائن الحي بالمجتمع البشري والقول بان لا فرق بينهما، عدا وعي اعضاء المجتمع، هو أمر محل نظر "علمياً". وان الاعتراض الاساس
على حجة العميد دكي هي انها تخلط ولا تميز بين ما هو كائن (عالم الوقائع) وبين ما يجب ان يكون (عالم القانون) اي بين "الزاين" و "الزولن"
كما يقول الاستاذ كلسن.
وربما يكون العميد دكي قد احس بضعف هذه الحجة حين لجأ الى حجة أخرى تعتمد على المنطق السليم ان لم تكن من البديهيات. فهو يقول: اذا كانت
القاعدة الاجتماعية (اقتصادية او اخلاقية) ملزمة باعتراف الكل، فلم لا تحتفظ بهذه الصفة حين تصبح قاعدة قانونية (المطول، ج١، ص ٨٠).
لكن الا نخلط، في هذه الحالة، بين "أمر" القاعدة الاقتصادية والاخلاقية، وأمر القاعدة القانونية. فهناك اختلاف من حيث الطبيعة والالزام بين
القاعدة الاجتماعية والقاعدة القانونية. فردود الافعال التي تحدث نتيجة خرق القاعدة الاجتماعية. هي ليست الزاماً يتضمن ما يجب ان يكون عليه
سلوك الافراد، في حين ان القاعدة القانونية تتضمن ما يجب ان يكون عليه سلوك الافراد، فهي تأمر وهذا الأمر يضمنه جزاء.
وفي آخر الأمر، يعترف العميد دكي صراحة، بان الصفة التي اعطاها الى القاعدة الاجتماعية تستبعد الاعتراض الاساس الذي وجه الى مذهبه: الواقعة لا تنجب
او تنجب القاعدة. فهذه القاعدة لا تأمر موقفاً معيناً بل هي التعبير عن قانون يحكم هذا الموقف الواعي، وغير صادر عن ارادة عليا. (المطول، ج١، ص٨٠)؟
ودائماً نفس الحجة: ان الفئة الاجتماعية، بحكم وجودها يحكمها "قانون" (قانون حياتها يمكن القول) وان القاعدة القانونية هي التعبير عن هذا
القانون الملزم.
لكن كيف اصبح هذا القانون ملزماً، لتعبر عنه القاعدة الاجتماعية (القانونية) الملزمة. هذا ما يصعب التسليم به. ويذهب العميد دكي الى حد القول بان
القاعدة القانونية ليست أمراً (صادراً عن ارادة عليا)، لكنها تلزم الافراد "لانهم سيفقدون صفتهم كبشر اذا لم يتمشوا معها". (المطول، ج١، ص١٤٢).

٨٧. القاعدة القانونية الدولية

واذا كان ادراك "القانون الموضوعي" على الصعيد الداخلي يلاقي هذه الصعوبات والعقبات، فان نقل اجراءات تكوينه على الصعيد الدولي، كما فعل العميد دكي، سيلاقي ذات الصعوبات والعقبات ان لم يكن اكثر.

فاذا كان التضامن الاجتماعي هو اساس القاعدة القانونية الموضوعية داخل الدولة، فهل الأمر كذلك على صعيد العلاقات ما بين الدول؟ حقيقة يمكن افتراض التضامن الدولي والتسليم جدلاً بان القاعدة القانونية الدولية توجد من اللحظة التي يوجد فيها شعور دولي بضرورة احترام هذه القاعدة وانه من العدل ان تجازى، لان ذلك ضروري لبقاء التضامن الدولي. إلا ان الشعور بالتضامن الدولي وبالعدالة هو ليس فقط شعور افراد الدول المختلفة بل هو ايضاً، وربما بالدرجة الاولى، شعور حكام هذه الدول. فالقواعد القانونية الدولية تطبق بصورة خاصة على الحكام، لأن هؤلاء هم الذين ستكون لهم علاقات فيما بينهم وبالتالي هم المعنيون، اولاً، بوعي وتحقيق التضامن الاجتماعي. لكن الوقائع لا تؤيد ذلك، فبين الدول، وبعبارة ادق بين الحكام، يوجد تضاد في المصالح لا تضامن فيها نتيجة لسياسات وطموحات واطماع الحكام. فأين هو إذن التضامن بين الحكام اذا افترضنا وجوده بين افراد الدول لنقيم عليه القاعدة القانونية الدولية؟ مجرد افتراض يكذبه الواقع.

واذا كانت نشأة القاعدة القانونية الدولية تتوقف على شعور جمهور الافراد في مختلف الدول، فأن من المستحيل تحقق ذلك، فجمهور الافراد في غالبيته لا يملك رؤية محددة حول تكوين القاعدة القانونية الدولية. فاذا تساءلنا عن امتداد البحر الاقليمي، فان جمهور الافراد لا يملك رؤية عن الموضوع بل حتى لا يعرف ماذا يعني "البحر الاقليمي"، واغلب الافراد، ربما، لم يسمع او يقرأ شيئاً عنه. "فهناك اذن نوع من السذاجة، يقول الاستاذ فالين، في ان نطلب، كما يفعل دكي، تحقق شعور جمهور الافراد المعنيين بالنسبة لتكوين القاعدة القانونية الدولية"[1].

وعليه فلا جدوى من البحث عن القناعة القانونية للافراد في مختلف الدول حول قاعدة من قواعد القانون الدولي العام. بالعكس، فان الحكام ووزارات الخارجية لهم رأي حول كل هذه المسائل وهو الذي يؤخذ بنظر الاعتبار لتحديد الموقف من المسائل او القواعد محل الشك في القانون الدولي. وهذا ما يسلم به، في الواقع، العميد دكي نفسه.

واذا افترضنا وجود قاعدة من قواعد القانون الموضوعي الدولي، فكيف نحدد بصورة دقيقة مضمون هذه القاعدة ولمن يعود أمر هذا التحديد؟ فاذا كان هذا التحديد يناط بمجموع الافراد المكونين للفئات الاجتماعية المختلفة اي الدول، فمن الصعب، عند ذاك، ان لم يكن من المستحيل معرفة ارادتهم بالضبط اي معرفة ما يريده "الرأي العام الدولي" حول مضمون القانون الموضوعي الدولي. ولهذا، ربما، يرى العميد دكي انه اذا كانت هناك سنن قانونية تحكم العلاقات بين الدول فان على الحكام يقع واجب اقرارها واعطائها الجزاء، هذا يعني ان تحديد مضمون قواعد القانون الدولي يقع على عاتق الحكام اي على الدول وبالتالي فإن مضمون القاعدة القانونية الدولية يتوقف على ارادة الحكام اي على ارادة الدول، وعندها نقع في صميم معطيات الوضعية القانونية والارادية.

---

(1) M.Waline: L'individualisme et le Droit. 2e éd. PARIS. 1949. P.229.

القسم الثاني

طبيعة القانون

الباب الأول

القاعـــدة القانونيـــة

في هذا الباب سنتطرق إلى بنية القاعدة القانونية المتمثلة بعنصريها وأمرها، إضافة إلى تناول وضعية القاعدة القانونية من حيث صحتها ونجاعتها والعلاقة بين الصحة والنجاعة وكذلك جزاء القاعدة القانونية، وأخيراً سيتم الحديث عن ميزة القاعدة القانونية من خلال التعريف بالقاعدة العرفية والقاعدة الأخلاقية.

الفصل الأول
بنيـة القاعـدة القانونيـة

١§- عنصرا القاعدة القانونية

ان تحليل القاعدة القانونية يُظهر انها تتكون من عنصرين هما: "الفرضية L'hyothèse" و "الحل La Solution او الحكم Le Dispositif". هذا يعني ان البناء المنطقي لكل قاعدة قانونية يتكون من هذين القسمين.

٨٨. الفرضية

هي الشرط الاساس لتطبيق القاعدة القانونية، بمعنى اذا تحققت حالة او واقعة معينة فان الحل او الحكم سيتبع او يجب ان يتبع. والفرضية في القانون الروماني تبدأ غالباً بـ "اذا" اي ان هناك طرحاً للفرضية يتبعها الحل القانوني. وهذا هو البناء النموذجي للقاعدة القانونية الذي نجده في العديد من مواد القانون الوضعي. فمثلاً المادة ٧٥٢ من القانون المدني العراقي تبدأ بالشكل التالي: "اذا احتاج المأجور لعمارة ضرورية لصيانته، فليس للمستأجر ان يمنع المؤجر عن اجرائها...".

فالفرضية (شرط تطبيق القاعدة) هي: "حاجة المأجور لعمارة ضرورية لصيانته". ومثله ايضاً المادة ٥٧٨ من القانون المدني العراقي التي تنص على ان: "اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد اسقط حق حبسه". فالفرضية هي: تسليم المبيع من قبل البائع. والحكم هو: فقدان البائع حق حبس المبيع.

ولكن ليس من الضروري ان تصاغ الفرضية في جملة تبدأ بـ "اذا"، فقد ترد الفرضية مسبوقة بكلمة "كل" أو "من" او "كل من". وليس من الضروري ان ترد الفرضية في صيغة الشرط فقد تتضمنها جملة اعتيادية تنص على الحكم. ومثاله ما نصت عليه المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي، بأن "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

فالبناء المنطقي للقاعدة القانونية التي تتضمنها هذه المادة هو: كل شخص اكمل الثامنة عشرة هو رشيد اي يتمتع بالأهلية الكاملة، ومثاله ايضاً ما نصت عليه المادة ١٦٦ من القانون المدني العراقي: "يفسر الشك في مصلحة المدين"، فالبناء المنطقي لهذه القاعدة هو: اذا كان هناك شك

في مدى الالتزام (الفرضية)، فُسر الشك في مصلحة المدين (الحكم). واذا كان من المنطقي ان تكون الفرضية (شرط تطبيق القاعدة) سابقة على الحكم، فإنه قد يحدث العكس فيأتي الحكم قبل الفرضية. مثال ذلك نص المادة ٢١٨ من القانون المدني العراقي: "يكون الاب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير". ومثاله ايضاً المادة ٢٢٩ من قانون العقوبات العراقي التي تقول: "يعاقب بالحبس كل من اهان او هدد موظفاً... او اي شخص مكلف بخدمة عامة... اثناء تأدية واجباتهم أو بسبب ذلك".

٨٩. الحكم

هو النتيجة التي ترتبها القاعدة على الفرضية وقد تكون ايجابية او سلبية كإلزام المستأجر بان لايمنع اجراء الصيانة (م ٧٥٢ مدني عراقي).

فالحكم إذن يمكن ان يكون منعاً او الزاماً بعدم القيام بشيء او قد يكون الزاماً بعمل شيء. وقد لا يكون الحكم بهذا الوضوح، فقد يتضمن تقرير مسؤولية او تغيير او تحديد وضع قانوني مثل: فسخ عقد، وضع شخص تحت وصاية، او منح "حق" لشخص كحق المستأجر في ان يؤجر المأجور كله او بعضه وفقاً للمادة ٧٧٥ من القانون المدني العراقي.

وجوهر القاعدة القانونية، كما لاحظ الاستاذ دابا[1]، هو في الحل او الحكم لا في الفرضية، فهو الذي يعطي القاعدة القانونية ميزتها الحقيقية. فالفرضية تحدد وضعاً او حالة او وقائع اذا ما تمت يطبق الحكم. لذا فان الفرضية ليست بقاعدة سلوك وانما هي وصف لوقائع يشترط وجودها لتطبيق الحكم. هذا يعني ان الحكم لا يطبق إلا اذا تحققت الوقائع المنصوص عليها في الفرضية. وعليه فالقاعدة التي تقول: "كل مالك يجب ان يدفع ضريبة"، تحلل كما يأتي: ان الجزء الاول، وهو ان "كل مالك" ليس بقاعدة سلوك (وهي الفرضية) وانما يحدد شروط تطبيق الجزء الثاني من القاعدة القانونية وهو: الالتزام بدفع الضريبة (الحكم).

فالحل او الحكم القانوني هو "سنة" او قاعدة توجه سلوكاً. فالحكم إذن في جوهره أمر يتعلق بسلوك الافراد وهو امر صادر عن ارادة وموجه الى ارادة اخرى: الأفراد.

§٢- أمر القاعدة القانونية

٩٠. طبيعة أمر القاعدة القانونية

فكل قاعدة قانونية، إذن، تتضمن "امراً"، اي ما يجب ان يكون عليه السلوك البشري او سلوك الافراد. وقد يتضمن الأمر القيام بعمل، كما يمكن ان يتضمن نهياً او امتناعاً عن القيام بعمل. وصيغة الأمر واضحة في العديد من القواعد القانونية. ومهما اختلفت الصياغة فإن هناك

---

(١) انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ط ٣، المرجع السالف الذكر، ص ٧٤ – ٧٦.

امراً في القاعدة التي تقضي بدفع المدين دينه الى دائنه او التعويض عن الضرر الذي يحدثه شخص للآخرين او في الاخبار عن ولادة طفل... الخ. وأمر القاعدة القانونية او بعبارة ادق الأمر الذي يتضمنه حكم القاعدة القانونية هو دائماً "قاطع او مطلق Catégorique"، وان توقف على الفرضية التي تتضمنها القاعدة القانونية.

انه، كما قيل، "أمر مشروط Conditionné" وليس معلقاً على شرط، بمعنى انه قاطع ومطلق بمجرد تحقق فرضية القاعدة القانونية. فاذا تحققت الفرضية في القاعدة القانونية التي تتضمنها المادة ٧٥٢ من القانون المدني العراقي، وهي "اذا احتاج المأجور لاصلاحات ضرورية"، فإن الامر الذي يتضمنه حكم القاعدة سيكون مطلقاً او قاطعاً وهو: "على المستأجر الا يمنع المؤجر عن اجرائه".

فالفرضية وهي الشرط لتطبيق حكم القاعدة القانونية لا تعني ان الأمر الذي يتضمنه الحكم سيكون "شرطياً Conditionnel" اي غير قاطع او مطلق، فالأمر القانوني دائماً قاطع او مطلق ولا يمكن ان يكون غير ذلك.

إلا ان بعض القواعد القانونية لا يظهر فيها الأمر بهذا الوضوح كالقاعدة المحددة والقاعدة المجيزة.

أولاً- القاعدة القانونية المحددة والقاعدة المجيزة

٩١. القاعدة القانونية المحددة

هي القاعدة التي "تحدد Dispose" حكماً اي انها "قاعدة محددة Règle Dispositive". فهي لا تأمر ولا تنهى بصراحة وانما تقرر حكماً. ومن امثلة هذه القواعد، القاعدة التي تقضي بأن حائز المنقول حسن النية مالكه، وهذا ما نصت عليه المادة١١٦٣ (ف١) من القانون المدني العراقي: "من حاز وهو حسن النية منقولاً... فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد".

ومثله ايضاً القاعدة التي تقضي بان "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة او مؤقتة" (م٤٢، مدني عراقي).

إلا ان هذه القواعد تتضمن امراً في الحقيقة، لكنه ليس امراً محدداً للقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل، ولكن، كما لاحظ الاستاذ دابا، تتضمن أمراً باحترام او بطاعة حكم القاعدة القانونية[1]. وعليه فالقاعدة التي تقضي بان حائز المنقول حسن النية مالكه يتضمن حكمها منعاً (امراً) للكل (وخاصة للمالك فاقد المنقول) من التعرض للحائز.

وحين يحدد القانون موطن الشخص، فعلى الكل الامتثال لذلك والقيام بكل الاعمال التي يرتب عليها القانون آثاراً تتعلق بالموطن.

---

(١) انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ص ٨٢ – ٨٣.

٩٢. القاعدة القانونية المجيزة

ولا يختلف الحال بالنسبة لما يطلق عليه اسم "القاعدة المجيـزة La règle permissive"، إذ هي صيغة من صيغ القواعد المحددة، ومثالها القاعدة التي تقضي بانه "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين" (م٤٥، ف١، مدني عراقي).

ان "تجيز Permettre" معناه الاعتراف بمكنة أو صلاحية التصرف او عدم التصرف، وفي ذات الوقت تمنع القاعدة المجيزة كل شخص من ان يعيق هذه الاجازة اي صلاحية التصرف هذه التي اقرتها القاعدة القانونية. ففي القاعدة القانونية المجيزة يوجد إذن أمر بالامتناع عن الاتيان بأي عمل من شأنه ان يعيق المجاز (قانوناً) بالاتيان او القيام بالعمل المجاز[1]، او، كما يقول العميد دكي، ان الاجازة تتضمن منع القيام بما لم يُجز القيام به[2].

وبصدد "الأمر" الذي تتضمنه القاعدة القانونية يجب ان نتوقف عند نوع من القواعد القانونية حيث يظهر لأول وهلة انها لا تتضمن امراً بذاتها. وهي ما اطلق عليها اسم "القاعدة البديلة La règle Suppléetive" او "المكملة" كما يقال ايضاً.

نياً- القاعدة القانونية البديلة

٩٣. معطيات المشكلة

فبالنسبة لهذا النوع من القواعد القانونية يجوز للافراد، على ما يبدو، ان يستبعدوا بارادتهم تطبيقها، بمعنى انها لا تطبق، وبالتالي، لا تأمر، إلا اذا اراد الافراد المعنيون ذلك. فالقاعدة القانونية البديلة هي، كما يُعتقد، القاعدة التي لا تطبق إلا اذا لم يتفق اطراف العلاقة على استبعادها او استبعاد حكمها. فاذا كان الامر كذلك فكيف يمكن اعتبار مثل هذه القواعد، قواعد قانونية آمرة حيث ان تطبيقها من عدمه يتوقف على ارادة الافراد، فان ارادوا طبقوا حكمها وان ارادوا استبعدوه باتفاق يقضي بغير ذلك. فقد اجيز للافراد الاتفاق على غير ما جاء به القانون او حكم القانون. وهذا الاتفاق هو بحد ذاته قانون كما تؤكده المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ان: "الاتفاقات التي تمت بصورة مشروعة تكون قانون الاطراف المتعاقدة". والمادة ٦ من القانون المدني الفرنسي حين نصت على انه "لايمكن، باتفاقات خاصة، مخالفة القوانين التي تتعلق بالنظام العام والآداب"، فإنها تعني ان للافراد باتفاقاتهم استبعاد القواعد القانونية وذلك بالاتفاق على خلاف ما جاء فيها مالم تكن هذه القواعد القانونية متعلقة بالنظام العام والآداب.

فالأصل،اذن،ان الاتفاق هو قانون الطرفين المتعاقدين وان القواعد القانونية البديلة لا تطبق

(١) انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ص ٨٢ – ٨٣.

(٢) انظر: دكي، المطول، ج ٢، ص ١٨٩.

إلا اذا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. فاذا لم تظهر ارادة اطراف العلاقة في الاتفاق طُبق النص القانوني، بمعنى ان هذا النص او القاعدة سيحل محل ارادة الاطراف اي هي "بديلة Supplétive" لها، ولذلك فان تسمية "القاعدة البديلة" ادق من تسمية "القاعدة المكملة" على ما نعتقد. السؤال، اذن، هو: كيف تكون مثل هذه القواعد آمرة وبالتالي قانونية اذا استطاع الافراد التخلص من حكمها متى ارادوا؟ واذا كان الامر كذلك فهل يعني هذا ان القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام او الآداب هي وحدها قواعد آمرة وبالتالي قانونية دون غيرها؟ ان هذه النتيجة تبدو غير منطقية او غير معقولة اذا علمنا ان عدد "القواعد البديلة" كثير في الحياة المدنية والتجارية وبالتالي، فإنها، وفق هذا المنطق ليست بقواعد قانونية لانها لا تتضمن أمراً، او ان امرها، بعبارة ادق، يمكن تجاوزه من قبل الافراد الذين توجه اليهم القاعدة، بينما تكون اعمال او تصرفات الافراد هي القانون (وليست القاعدة التي تضمنها القانون المدني) وفقاً لحكم المادة ١١٣٤ بدلالة المادة٦ من القانون المدني الفرنسي.

لذا فان هذه المسألة، التي هي بهذه الخطورة، تحتاج الى تفسير.

(أ) محاولات تفسير القاعدة القانونية البديلة

٩٤. محاولة فاريّ - سوميير

واول من تصدى الى هذه المشكلة هو الفقيه الفرنسي "فاريّ- سوميير -Vareilles Sommièrer" عام ١٨٩٩ في كراس له بعنوان "في قوانين النظام العام وفي مخالفة القوانين".

يقول المؤلف: ان القانون (الوضعي) هو بالتعريف قاعدة ملزمة، وان القرار الذي يمكن مخالفته لا يمكن ان يكون قانوناً وبالتالي لا يمكن مخالفة اي قانون.

ثم يسأل: كيف نبرر ان الافراد يستطيعون باتفاقات خاصة، مخالفة احكام القانون؟ ان الجواب عن هذا السؤال، يقول الاستاذ فاريّ - سوميير، يكمن في التفسير الذي يجب ان نعطيه للمادة ٦ من القانون المدني الفرنسي، اي في كيفية فهم المادة ٦ وتحديد محملها الدقيق، فالمادة ٦ تنص على انه: "لا يمكن، باتفاقات خاصة، مخالفة القوانين التي تتعلق بالنظام العام والآداب".

ومعنى هذه المادة هو: "يمكن، من حيث المبدأ، التخلي عن الحقوق التي يمنحها لنا القانون، ولا يمكن هذا حين يمنع القانون ذلك، والقانون يمنع ذلك ضمناً او صراحة حين يكون التخلي مخالفاً للنظام العام اوالآداب".

إلا ان الاستاذ فاريّ- سوميير "يتلاعب بالالفاظ" كما لاحظ العميد دكي، إذ يقول لا يمكن الافلات من امر القانون ومن ناحية اخرى يمكن التخلي عن الحقوق التي يمنحها القانون. لكن حين يمنح القانون حقاً الى (أ) فهو يفرض في ذات الوقت أمراً على (ب) بان لا يتعرض لحقوق (أ). فاذا تخلى (أ) عن حقه فان (ب) سيعفى من طاعة أمر القانون. وعليه "اذا قلنا انه يمكن

التخلي عن الحقوق التي يمنحها القانون او يمكن مخالفة احكامه، فان ذلك يعني ذات الشيء، يقول العميد دكي، واذا كان من غير الممكن مخالفة احكام القانون، فإنه ايضاً لا يمكن التخلي عن الحقوق التي يمنحها القانون"[1].

٩٥. محاولة العميد دكي

يرى العميد دكي ان القواعد القانونية البديلة تتضمن في الواقع أمراً، إلا ان هذا الأمر لا يوجه الى الافراد بل الى القضاة المكلفين بحسم النزاعات التي تقوم بين الافراد. والقانون البديل، وفقاً للعميد دكي، يتضمن، في الحقيقة، امراً مزدوجاً: فهو يأمر، اولاً، القضاة بحسم القضايا بين الافراد وفقاً للاتفاقات المعقودة، وهو يأمر القضاة،ثانياً، بان يحسموا القضايا المعروضة عليهم وفقاً لهذا القانون في حالة عدم وجود اتفاقات بين الافراد او في حالة عدم وضوح هذه الاتفاقات.

فالقانون البديل (أو القاعدة القانونية البديلة) يتضمن، إذن، امراً، لكنه امر موجه الى القضاة وليس الى الافراد الذين يبقون احراراً، من حيث المبدأ، في ان ينظموا علاقاتهم الخاصة وفقاً للاتفاقات التي يعقدونها[2].

إلا ان محاولة العميد دكي لاعطاء تفسير للقواعد القانونية البديلة ابعدت المشكلة بدلاً من ان تحلها. فالمشكلة هي: كيف يمكن للافراد بارادتهم، باتفاقاتهم، ان يستبعدوا تطبيق قاعدة قانونية او كيف ان هذه القاعدة القانونية لا تطبق إلا اذا اراد الافراد ذلك اي حين لا يعقدون اتفاقات تخالف حكم القاعدة القانونية ؟ فالمشكلة تتعدى، في الواقع، مسألة احتواء او عدم احتواء القاعدة القانونية البديلة على أمر لتصل الى تعليق قاعدة قانونية بارادة الافراد، فمجرد وجود اتفاق بين الافراد معناه تعليق حكم القاعدة.

اما القول، مع العميد دكي، بان القاعدة القانونية البديلة تتضمن امراً موجهاً الى القضاة لحسم النزاعات وفقاً للاتفاقات المعقودة او وفقاً لهذه القاعدة في حالة غموض هذه الاتفاقات او عدم وجودها، فإنه لا يحل المشكلة ويبقى السؤال هو نفسه: كيف ان الافراد باتفاقاتهم، بارادتهم، يستطيعون التحكم في تطبيق او عدم تطبيق القاعدة القانونية.

والعميد دكي لا يمس كبد الحقيقة حين يعتقد أن القوانين البديلة هي قوانين او قواعد "اختصاص"، لأنها تقرر انه، من حيث المبدأ، في حالة عدم وجود اتفاقات بين الافراد او في حالة غموض هذه الاتفاقات، فان القضاة سيكونون "مختصين" للحكم وفقاً لنصوص القواعد القانونية البديلة. فاختصاص القضاة يتوقف، في الحقيقة، على ارادة الافراد اي على قرارهم بان تطبق القاعدة او لا تطبق وذلك حين يقرروا اقامة اتفاق او عدم اقامة اتفاق مخالف لها.

---

(١) دكي: المطول، ج ٢، ص ١٩٢.

(٢) انظر: دكي، المطول، ج ٢، ص ١٩٣.

وهذا هو جوهر المسألة الذي لم يتعرض له بشكل مباشر العميد دكي[١].

(ب) سلطان الارادة وتفسير القاعدة القانونية البديلة

٩٦ . مبدأ سلطان الإرادة وأبعاده

طرحت المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي مبدأً شهيراً كان له اوسع صدى حين قالت: "الاتفاقات التي تمت بصورة مشروعة تكون قانون الاطراف المتعاقدة". وقد قام الفقه بمحاولة تفسير وتبرير هذا المبدأ مبتدعاً بذلك مذهب "سلطان الارادة L'Autonomie de La Volonté".

وهذا المبدأ يعني: كل التزام لكي يحميه القانون يجب ان يتم برضاء حر، وكل التزام من اللحظة التي يتم فيها برضاء حر يجب ان يحميه القانون.

وعليه فان الرضاء الحر هو الشرط الضروري والكافي لكي يكون الالتزام محمياً من قبل القانون.

وعلى الصعيد العملي يمكن ان يتضمن هذا المبدأ نتائج عدة أهمها: تحدد الاطراف المتعاقدة بحرية مضمون العقد، وللاطراف المتعاقدة اختيار القانون الذي يطبق على العلاقات الناشئة عن العقد، والعقد المبرم بالرضاء الحر جزء من النظام القانوني وبالتالي يجب تنفيذه كما ينفذ القانون[٢].

ويجد مبدأ سلطان الارادة تبريره في المذهب الفردي الذي يرى ان الفرد هو خير من يدافع عن مصالحه الخاصة، فليس من المعقول ان الانسان الاعتيادي يلجأ الى ما يضر بمصالحه. فكل انسان هو، من حيث المبدأ، أحسن من يقدر مصالحه، لان هذه المصالح تختلط بحاجاته وان كل

---

(١) ان العميد دكي يرى انه في الماضي (في المرحلة العرفية لنشأة القانون) كانت المحاكم، في حالة عدم وجود اتفاقات بين الافراد، تحسم المسائل المعروضة عليها وفقاً للعادات المتبعة، اي طالما ان الافراد لم يعبروا عن ارادتهم او لم يقولوا شيئاً في علاقة معينة، فإنهم ارادوا الرجوع الى العرف. وهكذا فقد استقر الامر على ان للافراد الخيار بين اتباع العرف او اقامة اتفاقات تخالفه، فاذا لم يقيموا مثل هذه الاتفاقات فالمحاكم تطبق العرف. وبعد تدوين العرف، فأن ذلك لم ينتقص من سلطان ارادة الافراد. فكما كان الافراد يستطيعون عقد اتفاقات مخالفة للعرف فانهم (بعد تدوين العرف) يستطيعون ايضاً عقد اتفاقات تخالف، هذه المرة القانون الذي هو، وفقاً لدكي، ليس إلا اقراراً للعرف. فبالنسبة للافراد لم يتغير الحال: فالقانون حل محل العرف الذي كان للافراد ان يخالفوه، فاصبح ذلك ممكناً بالنسبة للقانون. لكن اهمية تدخل المشرع تكمن، وفقاً للعميد دكي، في تحديد واجب القاضي بان يتدخل وفقاً للقانون في حالة غياب الاتفاق بين الافراد او غموضه.

إلا ان اللجوء الى التأريخ لفهم نشأة القواعد القانونية البديلة وان كان جائزاً، غير ان الاستناد اليه، كما يفعل العميد دكي، لا يكفي لتقديم تفسير لمشكلة القوانين او القواعد القانونية البديلة. فالمشكلة تبقى كما هي بدون حل: كيف يستطيع الافراد تعليق تطبيق قاعدة قانونية إن ارادوا ذلك وما هو هذا الأمر الذي تتضمنه القاعدة القانونية ويستطيع الافراد تجاهله او مخالفته؟ لذلك فإن القول، مع العميد دكي (المطول، ج٢، ص١٩٢ – ١٩٣)، بان هذه القوانين او القواعد هي البديل للعرف لايفيد في الأمر شيئاً وتبقى المشكلة من دون حل وهي: كيف يتحكم سلطان الارادة في تطبيق القانون كما كان يتحكم في تطبيق العرف؟ هذه هي المشكلة، كل المشكلة، والتي ابعدها دكي ولم يحلها.

(٢) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، المرجع السالف الذكر، ص ١٧٠.

ومبدأ سلطان الارادة، الذي يقر لارادة الاطراف بمكنة اصيلة في خلق الالتزامات والحقوق، يجد اساسه الفلسفي عند جان جاك روسو فقد قال هذا المفكر بوجود حرية بدائية للفرد وان القوة لا تخلق القانون.

بناءً عليه فان كل تقييد لحرية الفرد لايمكن ان يكون مشروعاً إلا اذا تمت الموافقة عليه بحرية. وبما ان الفرد كان في البداية حراً، فلا يمكن إذن ان يقيد بالقانون إلا بمحض ارادته، لان القوة لاتخلق القانون. "بما ان اي انسان، يقول روسو، لايملك سلطة طبيعية على ابناء جنسه، وبما ان القوة لا تنجب اي قانون، فالاتفاقات تبقى اساساً لكل سلطة بين البشر". (انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص ١٧٢ – ١٧٣).

انسان ادرى بحاجاته. بناءً عليه فان الفرد لايتعاقد إلا على بينة واذا لم يكن الامر كذلك فذلك ذنبه. فالتمتع بالحرية يستحق، بالمقابل، تحمل بعض المخاطر[1].

في الحقيقة ان العقد والملكية هما، بالنسبة للمذهب الفردي، خير منظم لمصالح الافراد، لذلك فان حرية التعاقد ستكون اساساً لقانون عادل، لأنه القانون الذي اريد وقبل من قبل الاطراف. بناءً عليه يتوجب اعطاء الافراد الحد الاعلى من الضمانات الممكنة لصحة عقود الافراد، وهذا، في الواقع، هو مبدأ سلطان الارادة.

وعليه يمكن القول انه لايمكن وضع اي قيد على مختلف الصيغ التي يضعها الافراد المتعاقدين، شريطة ان لاتخالف الاخلاق ولا تكون محرمة، وماعدا ذلك فإن "ارادة الاطراف تصنع القانون عن طريق العقد"[2].

وقد تصدى الاستاذ كاره دمالبر، في كتابه "تكوين القانون بدرجات" (١٩٢٣) الى مذهب سلطان الارادة، فقال إن تعبير "سلطان الارادة" في حد ذاته غير صحيح. ففي دولة موحدة حين توافق السلطة المركزية على ان يدير اقليم معين فيها شؤوناً معينة، فلا يمكن القول ان السلطة التي يملكها الاقليم لادارة هذه الشؤون هي سلطة "مستقلة Autonome"، فهو يمارس سلطة ممنوحة وليس سلطة ذاتية. وهذه السلطة المحلية تخلق القانون المحلي، لكن ليس لأنها "مستقلة" بل بمقتضى تخويل من الدولة. ومن باب اولى، يقول الاستاذ كاره دمالبر، إن الافراد لايملكون استقلالاً تجاه الدولة. فالالتزامات الناشئة عن العقود الخاصة تحميها وسائل تجد مصدرها لا في ارادة المتعاقدين، بل في سلطة الدولة او في نظامها القانوني.

بناءً عليه فإن ما نسميه "سلطان الارادة" للاطراف المتعاقدة يتمثل في الحقيقة في سلطة ليست مستقلة بالمرة، بل بالعكس، هي سلطة مستمدة من القانون (بالأخص من المادة١١٣٤ من مدونة نابليون) ويحميها، في النهاية، تدخل الدولة. وعليه فلا أصل سلطة الافراد ولاضمانها يجد اساسه في "سلطان الارادة". ففي طرفي السلسلة نجد تدخل الدولة الضروري. فالعقد، يقول الاستاذ كاره دمالبر، هو فعل تلعب ارادة الاطراف المتعاقدة دوراً مهماً فيه، لانها هي التي تحدد مضمون ومحتوى الالتزامات التي ستنشأ. إلا ان الآثار القانونية التي تترتب على هذا الفعل وكذلك القيمة الملزمة لمضمونه هي من خلق القانون، لان اساسها القانوني في القاعدة التشريعية التي تفرض على المتعاقدين واجب التصرف وفقاً لاشتراطاتهم. وهذا التفسير يجده الاستاذ كاره دمالبر ايضاً في القانون الروماني. فمن تعريف الالتزام في "مدونة جستنيان" يظهر ان السبب او المصدر الخلاق لعلاقة الالتزام التي تنشأ بين الاطراف كنتيجة لعقودهم، يوجد ليس في سلطة ارادتهم، بل في النظام القانوني للمدينة[3].

---

(١) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص ١٧٧.

(٢) انظر: رُوبيه، النظرية العامة للقانون، ص ٢٦٣.

(٣) انظر: فالين، المذهب الفردي وإلقانون، ص ٢١٠.

وعليه يمكن القول، خلافاً لمبدأ سلطان الارادة، ان القانون هو المصدر الحقيقي للالتزامات التعاقدية وان اتفاق أرادة المتعاقدين هو شرط فقط لتطبيق القانون على العلاقة بين الافراد وتحديد مضمون حقوق والتزامات كل طرف.

ويتساءل الاستاذ الفرنسي نيبوايه: كيف يمكن تجاهل هذه الحقيقة الاولية وهي ان ارادة الاطراف لايمكن ان تكون ابداً اعلى وحتى موازية للقانون، بل يجب ان تتحرك ضمن الدائرة التي يحددها المشرع المختص[1]؟

٩٧- استبعاد سلطان الإرادة من تفسير القاعدة القانونية البديلة

وعليه فان اعتماد مبدأ سلطان الارادة لايمكن ان يقدم تفسيراً مقبولاً للقوانين او القواعد القانونية البديلة، كما ان منطق هذا المذهب يمكن ان يؤدي الى نتائج غير مقبولة.

فمثل هذه القواعد تعتبر، وفقاً لهذا المذهب، المعبر عن ارادة الافراد الذين لم يستطيعوا او لم يعرفوا التعبير عنها. لذلك، في هذا المنظور،يطلق ايضاً على هذه القوانين او القواعد القانونية اسم القوانين "المعلنة Déclaratives" او "البديلة" لارادة الافراد التي تكفل المشرع بالتعبير عنها بدلاً منهم.

فالقانون (القاعدة القانونية) سيجد اساسه اذن ليس في ارادة المشرع بل في ارادة الافراد التي تكفل المشرع فقط بالتعبير عنها.

فالمشرع يعلن اذن عن ارادة الافراد في هذه القواعد التي هي قواعد قانونية معلنة او بديلة. من هنا يحدث التقارب، في هذا المضمار بين هذا الاتجاه ومذهب العميد دكي، فالقانون الوضعي بالنسبة له لا يخلق القاعدة القانونية بل يقرها ويعلنها حيث تجد اساسها في ارادة الافراد اي في شعورهم.

إلا ان هذا الاتجاه لايمكن التسليم به، لانه يخالف الواقع في ان المشرع، القابض على السلطة، هو الذي يضع القاعدة القانونية وبالتالي فهي تعبير عن ارادته. حقيقة ان المشرع حين ينظم العلاقات بين الافراد (والعقود احدى وسائل ذلك) يأخذ بنظر الاعتبار العادات المتبعة في علاقة معينة وفي قطاع معين ليكون لتشريعه حظ اكبر في الحياة وفي النجاعة. إلا ان ذلك لايعني ولايمكن ان يعني ان المشرع يقتصر دوره على التعبير او الاعلان عن ارادة الافراد الصريحة او المفترضة.

فالمشرع هو الذي يقرر، في الحقيقة، وهو الذي يأمر والكلمة الاخيرة تكون له، لان التشريع او القاعدة القانونية هي التعبير عن ارادته.

والدليل على ذلك ان المشرع، في كثير من الاحيان، يعدل او يلغي قواعد ويحل قواعد جديدة محلها في تنظيم العلاقات بين الافراد من خلال العقود مثلاً. ولايمكن القول بان ذلك انعكاس امين وكامل لما اراده الافراد في معاملاتهم وعلاقاتهم العقدية.

---

(1) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص ٢١١.

(ج) الطبيعة الآمرة للقاعدة القانونية البديلة

٩٨ . القاعدة القانونية البديلة تتضمن امراً

فالقاعدة القانونية البديلة او المكملة هي التعبير الآمر لارادة المشرع، فهو الذي يقرر وهو الذي يأمر ولايمكن ان تتضمن بنية القاعدة القانونية البديلة غير ذلك. ان الطرفين المتعاقدين لايعلقان القاعدة القانونية باتفاقهما، فالقاعدة تبقى والقاعدة تأمر.

ان القاعدة القانونية "البديلة" تتضمن حكماً وهو امر للافراد وامر للقضاء يوجه اليهما سوية. ولكن القاعدة تجيز للافراد الاتفاق على تفاصيل تكمل القاعدة دون ان تنفيها البتة. هذا يعني ان الاتفاق يكون ضمن الاطار الذي ترسمه القاعدة القانونية وضمن الاطار الذي يرسمه القانون المدني مثلاً. واذا تم هذا الاتفاق فإنه لايكون ملزماً لان الطرفين ارادا ذلك، وانما بحكم القانون الذي اراد هذه النتيجة.

فارادة الطرفين لكي تنتج الأثر القانوني تبقى محكومة بالقانون الوضعي (القانون المدني) وهو الذي يرتب، في الحقيقة، هذا الأثر، كما ان الاتفاق يبقى محكوماً بمجمل القواعد القانونية التي تحكم العقود.

في الحقيقة ان الارادة التي هي العنصر المميز للتصرف او العمل القانوني ليست بذاتها مصدر القوة الملزمة لهذا العمل (مصدر قوته القانونية)، فالقانون هو الذي يعترف بهذه التصرفات او الاعمال وهو الذي يعطيها قيمتها القانونية (الملزمة)، فالاعمال القانونية تقام وفقاً للقانون الذي يحدد شروطها وضماناتها.

وعليه فان الارادة ليس لها قيمة ملزمة بذاتها انما هي تستند الى القانون الذي يعطيها هذه القيمة الملزمة (او يعترف بها).

فالقاعدة القانونية "البديلة" تتضمن أمراً يوجه الى الكافة، كما تتضمن امراً فيه خيار للاطراف بان لهم ان ينظموا علاقاتهم، او جانباً منها، على غير ما نصت عليه القاعدة بشرط ان يكون التصرف موافقاً للقانون لكي يعترف به وبالتالي ينتج اثره، فالافراد باتفاقاتهم لم يعلقوا نصاً قانونياً ويتخلصوا بالتالي من امره، بل نفذوا في الحقيقة امراً (بشكل اجازة) تضمنته القاعدة القانونية، إذ لولا النص على "يجوز الاتفاق على خلاف ذلك" لما جاز لهم ذلك.

فالقانون (القاعدة القانونية) اجاز ومن يجز يأمر. فصحة الاتفاق تجد اساسها في القانون لا في ارادة الاطراف المتعاقدة، واذا كان الأمر كذلك، فمعنى هذا توافق الاتفاق مع القانون والموافقة معناها الامتثال لأمر القانون والاجراءات التي يرسمها. وعليه فان القاعدة القانونية "البديلة" تأمر الغير (وليس القضاة فقط كما يرى العميد دكي) باحترام الاتفاق الذي سيعقده الافراد وفقاً للقانون كما تخاطب المتعاقدين بان الحكم هو ما تضمنته القاعدة ولكن لكما مكنة تنظيم العلاقة في حدود المبادىء القانونية العامة او القواعد القانونية النافذة. فاذا اتفقا على تنظيم علاقة معينة، فان ذلك لايعني ان الطرفين علقا نص القاعدة القانونية بل نفذا ما اجازته لهما من تصرف قانوني، فعقد الاتفاق لايعني ان الطرفين قد علقا تطبيق القاعدة القانونية وانما يعني

انهما استعملا اجازة نص عليها القانون (القاعدة القانونية) اي أمر بها وترك الخيار باستعماله للاطراف، وتبقى القاعدة ويبقى الخيار. فالمسألة، إذن، مسألة تنظيمية ارادها المشرع ولاتتعلق بطبيعة او بنية القاعدة القانونية.

٩٩. امثلة توضح امر القاعدة القانونية البديلة

ويكفي للتدليل على ما تقدم ان نذكر بعض الامثلة من القانون المدني العراقي. فالمادة٩٢ تقضي بان "يعتبر دفع العربون دليلاً على ان العقد اصبح باتاً لايجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك" (ف١).

فهذه المادة تتضمن حكماً آمراً وتجيز للاطراف الاتفاق على غير ذلك، ويخضع هذا الاتفاق الى القواعد القانونية العامة.

فاذا اتفق الطرفان على غير ذلك، فان حكم المادة لا يُعلق وان الطرفين استعملا الاجازة التي اعطتها المادة للطرفين بالعدول عن الاتفاق بعد دفع العربون.

ومثله ايضاً المادة ٣٩٨ التي تقضي بان "نفقات الوفاء على المدين، إلا اذا وجد اتفاق... يقضي بغير ذلك".

فالحكم هو ان نفقات الوفاء على المدين ويجوز للمتعاقدين ان تكون، بموافقة القانون، على الدائن مثلاً. فالاتفاق سوف لايعلق حكم القاعدة القانونية بل هو استعمال لاجازة منحتها المادة للافراد بحيث ان صحة الاتفاق تجد اساسها في اجازة القانون (المادة٣٩٨) وبالتالي في ارادة المشرع وليس في ارادة المتعاقدين.

والمادة٥٤٢ التي تقضي بأن "تكاليف تسليم المبيع... تلزم البائع وحده ما لم يوجد اتفاق... يقضي بغير ذلك"، قد اجازت في ذات الوقت ان تكون النفقات، باتفاق الطرفين، على المشتري. فالمادة، اصلاً، تخاطب الكل حين تقول: ان نفقات تسليم المبيع على البائع ويجوز ان تكون على المشتري اذا اتفق الطرفان على ذلك. وفي حالة عدم الاتفاق اي في حالة عدم استعمال الاجازة، فان النص يبقى كما هو وتطبقه المحاكم كما هو. وعليه فان استعمال الاجازة لا يغير في اساس القاعدة القانونية ولا في بنيتها، ولا في امرها بالتالي، كما ان استعمال هذه الرخصة لايمكن ان يحدث اثره إلا لأن القانون اجازه وبشرط توافق الاتفاق مع القواعد العامة للعقود.

فالمشرع بعد ان حدد المبدأ في قاعدة قانونية آمرة، اعطى رخصته للافراد بان يعقدوا اتفاقاتهم وفق القانون وبحمايته وإجازته.

١٠٠ - استبعاد التمييز بين القواعد القانونية البديلة والآمرة

بناءً عليه فان جميع القواعد القانونية هي قواعد آمرة وبالتالي ليس من الصحيح التمييز بين القواعد القانونية "البديلة Suppléetives" والقواعد القانونية "الآمرة Impératives"، الا من حيث ان القواعد البديلة تتضمن اعطاء الخيار للافراد لتنفيذ الحكم الآمر الذي جاءت به القاعدة القانونية او الاتفاق على غير ذلك وبما لايخالف القانون. فالقواعد القانونية التي

تتضمنها مواد القانون الوضعي هي آمرة بطبيعتها، لا لأنها تتعلق بالنظام العام او الآداب، بل لكونها قواعد قانونية مكتملة البناء لتوافر عنصري القاعدة القانونية فيها. فالالتباس الذي حصل، بصدد طبيعة القواعد القانونية، يجد اساسه في القانون المدني الفرنسي وفي المبادئ التي هيمنت عليه وفي مقدمتها مبدأ سلطان الارادة. فالمادة٦ من هذا القانون نصت على انه "لايمكن، باتفاقات خاصة، مخالفة القوانين التي تتعلق بالنظام العام والآداب". إلا ان المادة ١١٣٤ من ذات القانون تقول ان "الاتفاقات التي تمت بصورة مشروعة Légalement Formées تكون قانون الاطراف المتعاقدة".

وقد فُهم من ذلك ان الافراد يستطيعون اقامة القاعدة القانونية بارادتهم وان يخالفوا بها القواعد القانونية النافذة مالم تكن هذه القواعد متعلقة بالنظام العام او الآداب. إلا ان الموضوع لايتعلق بالقواعد القانونية وقوتها الملزمة بقدر ما يتعلق بحرية الافراد في التعاقد. والمبدأ الذي لاجدال فيه هو ان التصرفات الفردية (العقود او الاتفاقات) لايمكن ان تخالف قاعدة قانونية وإلا فقدت صحتها او اثرها القانوني: فالتصرف القانوني هو اتجاه الارادة لإحداث اثر يعتد به القانون ويشمل التصرف القانوني بالدرجة الاولى العقد. فحرية التعاقد يجب ان تُفهم، إذن، بهذا المعنى وخاصة في الانظمة القانونية التي لم تتضمن نصوصاً مشابهة للمادتين المذكورتين من القانون المدني الفرنسي. فالأصل هو انه لايجوز الاتفاق او التصرف بما يخالف القانون إلا اذا اجاز القانون ذلك، والاجازة عندها تعني الخيار للاطراف باتباع تنظيم آخر غير الذي نصت عليه القاعدة القانونية ولكنها اجازته. ولذلك فان ما ذهب اليه مشرع القانون المدني العراقي في المادة٣٣٧ كان موفقاً ودقيقاً من هذه الناحية حين قال: "العقود التي يبرمها كامل الاهلية صحيحة مادامت غير ممنوعة قانوناً ولا مخالفة للنظام العام"، إذ ان عبارة "غيرممنوعة قانوناً" تعني ان لاتكون مخالفة لقاعدة قانونية. اما النظام العام فقد نصت عليه هذه المادة من باب الحيطة. ففكرة النظام العام هي فكرة غامضة ومن الصعب جداً تحديدها بالضبط من الناحية النظرية والعملية اي من ناحية تعريف فكرة النظام العام وتحديد القوانين التي يمكن اعتبارها من النظام العام[١].

إلا ان هذه الفكرة سلاح بيد المشرع وفي الغالب بيد القضاء. فالمشرع يلجأ اليها لاعطاء اهمية خاصة لبعض القواعد القانونية التي تمثل، بشكل خاص، الاختيار السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة وتعتبر بالتالي اساسية للمجتمع. والقضاء يلجأ اليها لابطال اتفاقات او تصرفات لايجد النص الواضح الذي يمكن ان تخالفه هذه الاتفاقات. وذات الحال بالنسبة الى فكرة الآداب تقريباً والتي هي جزء في الواقع من النظام العام[٢]، إذ تتعلق ببعض المفاهيم الخلقية التي يعتقد في فترة معينة وفي بلد معين بانها اساسية وبالتالي لايمكن ان تمس او يتفق على خلافها. فالمشرع حين ينص على ان بعض القواعد القانونية هي من النظام العام يريد ان يعطي،

---

(١) Cf. Brèthe de le Gressaye et Laborde- Lacoste: Introduction Générale à l'etude du Droit. PARIS. Sirey. PP. 212- 213.

(٢) Cf. Aubert: Introduction Au Droit. P.92 note 133.

في الحقيقة، المزيد من الحماية لها وابراز اهميتها شأنه في ذلك شأن الشكلية التي يفرضها على بعض التصرفات القانونية نظراً لاهميتها. وعليه فليس من الضروري اللجوء الى فكرة النظام العام، على الأقل تشريعياً، لان كل القواعد القانونية آمرة وقد يُعطى بعضها جوازاً معيناً وهذا هو الأصل الذي قلبته المادة٦ من القانون المدني الفرنسي. وحتى في هذا المجال لم يُلتفت كثيراً الى نص المادة١١٣٤ من ذات القانون الموضحة او المكملة للمادة٦. فالمادة١١٣٤ نصت على ان الاتفاقات لكي تكون "قانون الاطراف المتعاقدة" يجب ان تكون قد "تمت بصورة مشروعة" بمعنى ان لا تخالف القانون[1]. وهذا يتضح من الفقرتين التاليتين لذات المادة١١٣٤ حيث تنص على ان هذه الاتفاقات لايمكن الرجوع عنها إلا باتفاق الطرفين او لاسباب يجيزها القانون، كما انها يجب ان تنفذ بحسن نية.

وعليه فان كل القواعد القانونية هي "آمرة" وقد يكون من عدم الدقة التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد البديلة، وربما الاصح التمييز بين القواعد القانونية التي تجيز بعض التصرفات المكملة للحكم الذي جاءت به وبين القواعد القانونية التي لاتجيز ذلك. ولا حاجة عندها إلى القول بان هذه الاخيرة تتعلق بالنظام العام او الآداب، وحتى لاحاجة إلى النص على ذلك في صلب القاعدة القانونية.

في الحقيقة يمكن القول ان جوهر القاعدة القانونية واحد وان هناك وحدة في طبيعة القاعدة القانونية. فالقاعدة القانونية سواء أكانت آمرة أم ناهية أم مرخصة (بديلة او مكملة) تقسم، كما لاحظ الاستاذ ايرو، مجال الاعمال او التصرفات المكنة نظرياً الى منطقتين: منطقة "الحلال licite " ومنطقة "الحرام Illicite "[2]. فالقاعدة القانونية تأمر بالحلال (الامر باداء شيء او مكنة او رخصة القيام بشيء) كما انها تنهى عن القيام بتصرفات او اعمال معينة. فالأمر والنهي هما في طبيعة او جوهر القاعدة القانونية: والأمر يكون بالحلال والنهي عن الحرام. والنهي هو، في الواقع، أمر سلبي: عدم القيام بعمل او تصرف معين، وبهذا المعنى قالت المعتزلة ان جوهر القانون (القاعدة القانونية) هو المأمور به والمنهي عنه. ونحن نقول إن الأمر هو جوهر القاعدة القانونية.

---

(١) ان الحقيقة التي يجب ألاّ ننساها، كما يلاحظ الاستاذ باتيفول، هي "خضوع العقد حتماً للقانون". فمن السهل الاستفاضة في الكلام عن ان الاتفاقات "تقوم مقام القانون بالنسبة للذين ابرموها"، لكن يجب الاّ ننسى بان هذا التأكيد الشهير للقوة الملزمة للاتفاقات يستهدف بصراحة تلك التي "ابرمت بصورة مشروعة". ان "القانون لايضع نفسه اذن ببساطة تحت تصرف المتعاقدين لاجل ضمان نجاعة ارادتهم، مهما كانت، فهو يحدد ايضاً وفقاً لاي شروط سيكون العقد قد أبرم بشكل أصولي".

(باتيفول: مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص ٣٦٨).

٢) انظر: ايرو، النظام القانوني والسلطة الاصلية، المرجع السالف الذكر، ص ٣٧.

الفصل الثاني
وضعية القاعدة القانونية

§١-صحة القاعدة القانونية

١٠١ . معنى صحة القاعدة

ان طاعة القاعدة او الامتثال للأمر الذي تتضمنه لا يؤثر في وجودها وبالتالي في قانونيتها ومن ثم في وضعيتها. فالقاعدة توجد وتكون قانونية لمجرد انها "صحيحة Valide" . وصحة القاعدة القانونية تعني اقامتها بشكل صحيح من قبل الجهة او الهيئة المختصة في الدولة، وذلك بصرف النظر عن موقف الافراد منها أي بصرف النظر عن طاعتها او عدم طاعتها او طاعتها لحد ما.

اذن نجاعة القاعدة القانونية لا تأثير لها في وجودها ولا في صفتها القانونية، فقاعدة السلوك يكفي ان تصدر عن هيئة مختصة (فرد او جماعة) في الدولة وتتضمن امراً لتكون قانونية أي صحيحة وملزمة للكافة، فالقاعدة تكون قانونية ملزمة لمجرد انها صحيحة، لانه لو كان الامر عكس ذلك، لتوقف مصير القانون الوضعي على موقف الافراد ومصالحهم ولعمت الفوضى في المجتمع، في حين ان التنظيم او النظام هو الغاية الاساسية للقانون.

حقيقة ان المشرع يجب ان يضع قواعد تطاع وأن يتجنب وضع القواعد الميتة بالولادة، إلا ان هذا امر يتعلق بالناحية السياسية وبالسياسة التشريعية لكنه لا يتعلق ولا يؤثر في قانونية ووجود والزامية القاعدة، حيث يكفي لذلك ان تكون القاعدة صحيحة.

وعليه فإن القاعدة التي لا تطاع اولا تنفذ تبقى قاعدة قانونية طالما هي صحيحة وبالتالي فهي جزء من القانون او النظام القانوني الوضعي.

فمصير القاعدة القانونية من حيث الوجود ومن حيث القيمة القانونية لا يمكن ان يتوقف على موقف المخاطب بها سلباً او ايجاباً، والا اصبح السيد المتحكم في القاعدة القانونية وبالتالي بالقانون في حين ان القانون جاء لتنظيم سلوكه وعلاقاته عن طريق الاوامر التي تتضمنها القاعدة القانونية، لذا فإن اية قاعدة مكتملة البنية ومقامة بشكل صحيح أي صادرة عن هيئة مختصة هي قاعدة قانونية ملزمة. "لايمكن اعتبار قاعدة كقاعدة قانونية، يقول الاستاذ آنري دبيرو (١٨٩٩-١٩٤٢)، الا اذا كانت صحيحة...(و) لكي تكون القاعدة القانونية صحيحة لا

يكفي ان يكون لواضعها الارادة لتقييد من توجه اليه، فيجب ايضا ان تسلك هذه الارادة طرقاً وتعبر عن نفسها باشكال وتتحدد باجراءات وكلها شروط من شأنها ان تؤهل هذه الارادة. فصحة القاعدة القانونية تتوقف على تأهيل ارادة واضعها. وهذا التأهيل نصت عليه قاعدة عليا بمقتضاها تتصرف الهيئة ويحكم على ذلك بمدى انطباق.. ارادة هذه الهيئة مع روح ونص القاعدة العليا. وبهذا المعنى... فإن القاعدة الصحيحة هي التي تصدر عن سلطة مؤهلة"[1].

وعليه فإن القاعدة تكون قانونية وبالتالي وضعية وملزمة اذا كانت صحيحة. وتكون القاعدة القانونية صحيحة اذا صدرت عن شخص او هيئة مؤهلة لان تضع مثل هذه القاعدة وان يكون قصد واضع القاعدة القانونية هو الزام الشخص او الاشخاص الذين توجه اليهم القاعدة. فالقاعدة القانونية تجد، اذن اساسها في الارادة الموصوفة لواضعها والتي تبغي عن طريق ما تتضمنه من امر الزام من توجه اليه.

١٠٢ . طبيعة صحة القاعدة

وصحة القاعدة القانونية هي، كما قيل، "صحة موضوعية" بمعنى ان وضعيتها لا تتوقف على ارادة المخاطب بها، لانها خارج هذه الارادة ومستقلة عنها، فالقاعدة تصح بصرف النظر عن ارادة الافراد وحتى بالرغم منها. ومن الممكن التخلص من امرها او خرقها بصراحة او حرفها، الا ان القاعدة تبقى مع هذا صحيحة مهما فعلنا[2]. فالقوانين المالية، وبالذات قوانين الضرائب، تبقى صحيحة ووضعية، بمعنى انها جزء من قوانين الدولة، رغم ان عدداً من الافراد، لسبب او لآخر، لا يحترمون هذه القوانين بمحاولتهم التهرب من دفع الضريبة. ولكن موقف الافراد السلبي من هذه القوانين لا يعني نزع الصفة الوضعية عنها، فهي تبقى جزءاً من القانون الوضعي حتى ولو كان تطبيقها يتعرض بالفعل لاكثر من عقبة. فالصحة حقيقة وهي حقيقة موضوعية وبالتالي فإن وجود القاعدة القانونية أي وضعيتها لا يتوقف على سلوك الافراد او على موقفهم منها.

وفكرة الصحة تظهر لنا بشكل واضح العلاقة بين ظاهرتين طالما اكدناها عليها وهي العلاقة بين القانون والسلطة. فالهيئة التي تضع القاعدة القانونية، تضعها لانها مؤهلة من قبل قاعدة عليا تحدد نشاطها وسلوكها في وضع القاعدة أي تحدد اختصاصها، ففكرة الاختصاص تجسد العلاقة الوثيقة بين السلطة والقانون، بين الهيئة والقاعدة.

فالقاعدة تكون صحيحة وبالتالي وضعية اذا صدرت عن هيئة مؤهلة أي مختصة. و "نستطيع ان نسمي قاعدة صحيحة، يقول الاستاذ ديرو، وبالتالي قاعدة وضعية، (أي) قاعدة من قواعد

---

(1) Henri Duperoux: Les Grands Problémes Du Droit. Arch. de Philosophie du Droit. 1 -2 .1938.P.40.

(2) انظر: ديرو، المشاكل الكبرى للقانون، المقال السالف الذكر، ص٤٥.

يكفي ان يكون لواضعها الارادة لتقييد من توجه اليه، فيجب ايضا ان تسلك هذه الارادة طرقاً وتعبر عن نفسها باشكال وتتحدد باجراءات وكلها شروط من شأنها ان تؤهل هذه الارادة. فصحة القاعدة القانونية تتوقف على تأهيل ارادة واضعها. وهذا التأهيل نصت عليه قاعدة عليا بمقتضاها تتصرف الهيئة ويحكم على ذلك بمدى انطباق.. ارادة هذه الهيئة مع روح ونص القاعدة العليا. وبهذا المعنى... فإن القاعدة الصحيحة هي التي تصدر عن سلطة مؤهلة"[1].

وعليه فإن القاعدة تكون قانونية وبالتالي وضعية وملزمة اذا كانت صحيحة. وتكون القاعدة القانونية صحيحة اذا صدرت عن شخص او هيئة مؤهلة لان تضع مثل هذه القاعدة وان يكون قصد واضع القاعدة القانونية هو الزام الشخص او الاشخاص الذين توجه اليهم القاعدة. فالقاعدة القانونية تجد، اذن اساسها في الارادة الموصوفة لواضعها والتي تبغي عن طريق ما تتضمنه من امر الزام من توجه اليه.

١٠٢. طبيعة صحة القاعدة

وصحة القاعدة القانونية هي، كما قيل، "صحة موضوعية" بمعنى ان وضعيتها لا تتوقف على ارادة المخاطب بها، لانها خارج هذه الارادة ومستقلة عنها، فالقاعدة تصح بصرف النظر عن ارادة الافراد وحتى بالرغم منها. ومن الممكن التخلص من امرها او خرقها بصراحة او حرفها، الا ان القاعدة تبقى مع هذا صحيحة مهما فعلنا[2]. فالقوانين المالية، وبالذات قوانين الضرائب، تبقى صحيحة ووضعية، بمعنى انها جزء من قوانين الدولة، رغم ان عدداً من الافراد، لسبب او لآخر، لا يحترمون هذه القوانين بمحاولتهم التهرب من دفع الضريبة. ولكن موقف الافراد السلبي من هذه القوانين لا يعني نزع الصفة الوضعية عنها، فهي تبقى جزءاً من القانون الوضعي حتى ولو كان تطبيقها يتعرض بالفعل لاكثر من عقبة. فالصحة حقيقة وهي حقيقة موضوعية وبالتالي فإن وجود القاعدة القانونية أي وضعيتها لا يتوقف على سلوك الافراد او على موقفهم منها.

وفكرة الصحة تظهر لنا بشكل واضح العلاقة بين ظاهرتين طالما اكدناها عليها وهي العلاقة بين القانون والسلطة. فالهيئة التي تضع القاعدة القانونية، تضعها لانها مؤهلة من قبل قاعدة عليا تحدد نشاطها وسلوكها في وضع القاعدة أي تحدد اختصاصها، ففكرة الاختصاص تجسد العلاقة الوثيقة بين السلطة والقانون، بين الهيئة والقاعدة.

فالقاعدة تكون صحيحة وبالتالي وضعية اذا صدرت عن هيئة مؤهلة أي مختصة. و"نستطيع ان نسمي قاعدة صحيحة، يقول الاستاذ دبيرو، وبالتالي قاعدة وضعية، (أي) قاعدة من قواعد

---

(١) Henri Duperoux: Les Grands Problémes Du Droit. Arch. de Philosophie du Droit. 1 -2 ,1938.P.40.

(٢) انظر: دبيرو، المشاكل الكبرى للقانون، المقال السالف الذكر، ص٤٥.

القانون الوضعي، كل قاعدة تستجيب من كل النواحي لمتطلبات فكرة الاختصاص، واقصد بذلك ليس فقط ان القاعدة قد اقيمت من قبل الهيئة التي اهلت لان تتصرف (الاختصاص بالمعنى الدقيق)، بل ان هذه الهيئة تكون قد اقامتها وفقاً للاشكال والاجراءات ولروح القانون الذي حددها ودون ان ترتكب خطأ من شأنه ان يخل بمشروعية القاعدة"[1].

وعليه فإن اقامة القاعدة القانونية من قبل السلطة يظهر العلاقة الوثيقة بين اربعة مفاهيم اساسية في دولة القانون: الاختصاص وهو تقييد السلطة (سلطة الهيئة) بالقاعدة القانونية، والمشروعية وهي وضع القاعدة وفقاً للقاعدة التي تعلوها والصحة وهي نتيجة ذلك، ومن ثم الوضعية أي وضعية القاعدة الصحيحة واعتبارها جزءاً من القانون الوضعي في الدولة. واذا عكسنا تسلسل هذه الرابطة يمكن القول: ان لا وضعية (للقاعدة) بدون صحة ولا صحة بدون سلطة (الهيئة) تتحرك وفقاً لحدود قاعدية محددة أي وفقاً لاختصاص معين تكون المشروعية روحه. وعليه فإن الصحة القانونية هي اولاً وقبل كل شيء مسألة سلطة (هيئة) وبالتالي فإن للسلطة وللارادة دوراً في اقامة (صحة) القاعدة القانونية. لذا فليس من الدقة القول بأن القاعدة تنجب القاعدة. فالصحة القانونية سوف لا تكون في توافق القاعدة الدنيا مع القاعدة العليا وليس هناك علاقة مباشرة بين القاعدة والقاعدة. فالحقيقة ان "السلسلة" او الهرم القانوني هو تسلسل متناوب من القواعد والهيئات. ففي عملية وضع القاعدة القانونية او صحتها يجب الاخذ بنظر الاعتبار دور السلطة أي الهيئة التي تضع القاعدة، وبالتالي ايجاد المحل المناسب لها في السلسلة او الهرم القانوني في الدولة، بين القاعدة (العليا) التي تنفذها والقاعدة (الدنيا) التي تضعها.

§٢- نجاعـة القاعـدة القانونيـة

١٠٣. نظرية هانز كلسن

يرى الاستاذ هانز كلسن ان القاعدة لا تصبح وضعية وبالتالي قانونية ما لم تكن صحيحة وناجعة في ذات الوقت. فالقاعدة، لكي تكون وضعية وبالتالي جزءاً من مجموع القواعد الوضعية، يجب ان تكون اولاً صحيحة، أي انها وضعت وفقاً للشروط التي حددتها قاعدة تعلوها وسابقة الوجود عليها، كما يجب ان تكون، بعد ذلك، ناجعة أي ان تنفذ من قبل الافراد الذين توجه اليهم. فما الفائدة، يقول الاستاذ كلسن، من قاعدة او نظام قانوني لا يقره أي شيء في الواقع؟

بناءً عليه، فإن طبيعة القاعدة القانونية ستكون مزدوجة: فالقاعدة ليست صحية فقط ولا هي ناجعة فقط، بل هي صحيحة وناجعة في الوقت نفسه. فكلسن يعطي، اذن تعريفاً مزدوجاً للقاعدة القانونية حين يعرفها بطريقة خلقها وبطريقة تطبيقها[2].

لكن سبق ان تساءلنا عما اذا كان ما نريد معرفته هو: هل القانون (القاعدة القانونية) ما يضعه المشرع او ان القانون هو القانون المطبق؟

---

(١) ديرو: المشاكل الكبرى للقانون، ص٤٦.

(٢) انظر: اعلاه، بند ٣٠.

وحين يجيب كلسن بأن القانون هو القانون الوضعي والقانون المطبق فعلا، فهو يخلط عندها بين صحة القاعدة القانونية ونجاعتها. إذ ان الصحة والنجاعة هما ظاهرتان منفصلتان ومختلفتان تماماً.

فصحة القاعدة القانونية، أي كونها جزءاً من القانون الوضعي، لا تتوقف على نجاعتها أي كونها مطبقة. فلكي تكون هناك قاعدة قانونية وضعية يكفي ان تكون صحيحة، اما اذا قلنا ان القاعدة القانونية يجب ان تكون صحيحة وناجعة فنكون قد ادخلنا عالم الوقائع في عالم القانون وبذلك يزول الفصل القاطع بينهما (بين "الزاين" و"الزولن") الذي هو من المسلمات الاساسية للنظرية المحضة للقانون[1].

وليس من الضروري ان نلجأ الى المناقشة النظرية والمنطقية لموقف الاستاذ كلسن من القاعدة القانونية لنخرج بهذا التأكيد وهو ان النجاعة لا تكون بأية حال من الاحوال معياراً او صفة للقاعدة القانونية. فالوقائع وحدها كفيلة بأن تدحض نظرية الاستاذ كلسن.

لنأخذ أي قانون صوت عليه واصدر بشكل منتظم، فإن صحته القانونية ستكون سليمة. وقد يبقى في الواقع غير مطبق، كبعض القوانين الانكليزية التي لم تلغ وبقيت "قائمة" عبر قرون طويلة او غيرها من القوانين في البلدان الاخرى التي بقيت نصوصاً ميتة. فمثل هذه القوانين هل تكون قواعد قانونية وضعية وبالتالي جزءاً من القانون الوضعي؟ الكل، كما يلاحظ الاستاذ ديرو، يجيب بالايجاب: رجل الشارع وكذلك رجل القانون[2].

١٠٤. نظرية رنه كابيتا

وبالرغم من ذلك، فإن الاستاذ رنه كابيتا (١٩٠١-١٩٧٠) يرى "...ان القانون الوضعي هو ليس القانون الذي يضعه المشرع (انما) هو القانون النافذ المفعول، أي القانون المطبق، حيث تكون نصوصه نافذة بصورة عامة في مجتمع معين"[3].

ولا تكون نصوص القانون نافذة الا اذا كانت مطاعة من قبل الافراد، هذا يعني ان الافراد سيكونون مصدر وضعية القاعدة (او القواعد) القانونية، لان هذه الاخيرة سوف لا تكون جزءاً من القانون الوضعي الا اذا وافق الافراد عليها. "...فالقانون الوضعي هو القانون المطاع والمعترف به عموماً... وما يخلق وضعية قاعدة قانونية.... هو الاعتراف بهذه القاعدة من قبل الجمهور، أي موافقة عامة الافراد عليها. او بالاحرى وضعية القاعدة القانونية هي هذه الموافقة نفسها"[4].

إلا ان الاستاذ رنه كابيتا يخلط بين القانون والعادات أي بين ما يجب ان يكون وما هو كائن. ويبان ذلك بوضوح حين يعلن في اطروحته للدكتوراه (ص١١٩) ان القانون الوضعي لمجتمع ما هو بالضرورة إلاّ انسجام مع عادات هذا المجتمع أو أن هناك بالضرورة توافقاً بين القانون و"العادات

---

(١) انظر اعلاه، بند ٢٦.

(٢) انظر: ديرو، المشاكل الكبرى للقانون، ص٦٦.

(٣) Capitant. Le Droit Coanstitutionnel Non Écrit. Dans Recueil D' E'tudes Sur Les Sources Du Droit En L'honneur De Fr.Gény. TIII. Paris. Sirey. 1934. P.2.

(٤) R.Capitant. L'Impératif Juridique. Thèse. Paris. 1928. P.129.

les Moeurs . لكن ما هو هذا الامر (الذي تتضمنه القاعدة القانونية) الذي يستخلص بشكل لاحق مما هو كائن، أي من موافقة الافراد على القاعدة القانونية بحيث ان طاعة القاعدة ستحدد وجود القاعدة ووضعيتها وقانونيتها.

ان الاستاذ كابيتا يعكس التسلسل الزمني والمنطقي للقاعدة القانونية. فبدلاً من ان تتضمن القاعدة امراً موجهاً الى الافراد تطلب منهم القيام بعمل او الامتناع عن عمل، فإن على موقف هؤلاء الافراد يتحدد وجود وأمر القاعدة القانونية. والقول ان وضعية القاعدة القانونية تتوقف على نجاعتها أي على نفاذها وذلك بموافقة الافراد عليها، هو قول غير صحيح، فالنجاعة هي من نطاق عالم الوقائع (عالم ما هو كائن) بينما تقدر وتحدد قانونية القاعدة او وضعيتها في نطاق ما يجب ان يكون. هذا يعني انه يكفي لاعطاء صفة الوضعية لقاعدة قانونية ان تصدر هذه القاعدة عن هيئة مختصة (عن القابضين على السلطة او الحكام) وتتضمن امراً موجهاً الى الافراد. وسواء كيف الافراد سلوكهم وفقاً لهذه القاعدة ام لا، فإن ذلك لا يرفع عنها صفة القاعدة القانونية الوضعية. ولكي تتضح هذه الفكرة جيداً (وتظهر في الوقت نفسه عيوب الرأي الذي نحن بصدد مناقشته) نضرب مثلاً (من بين امثلة كثيرة) يتعلق بقوانين الضرائب. فمثل هذه القوانين هي من القانون الوضعي لانها تصدر عن سلطة اختصت في اصدارها وتتضمن امراً (دفع ضريبة) موجهاً الى الافراد (دافعي الضرائب). الا انه من الممكن جداً (بل هذا هو الواقع في الغالب) ان عدداً كبيراً من الافراد يغشون تجاه القوانين التي تلزمهم بدفع مبالغ معينة سنوياً أي انهم لا يطبقون هذه القواعد القانونية الضرائبية. فالافراد لم يكيفوا سلوكهم، اذن، وفقاً لمضمون هذه القواعد القانونية أي انهم لم يقبلوها وبالتالي فإن نصوصها لا تكون نافذة المفعول بصورة عامة. عندها، أنقول ان مثل هذه القواعد ليست بقواعد قانونية وضعية؟ واذا كان الامر كذلك، فهذا يعني ان قاعدة (او مجموعة قواعد) صادرة عن القابض على السلطة وتتضمن امراً وتطبقها المحاكم ومع هذا فهي ليست بقاعدة قانونية وضعية لان غالبية الافراد لا يسلمون بها أي لا يوافقون عليها.

وهذه الاغلبية متى تحصل لكي يكون في الامكان التأكيد بأن هناك قاعدة قانونية وضعية؟ في الحقيقة ان الاستاذ كابيتا يقول بأن القاعدة لا تصبح وضعية (ولنعطه احسن الافتراضات) الا حين يوافق عليها اغلبية الافراد في المجتمع أي حين يحددون سلوكهم وفقاً لمضمون هذه القاعدة. الا انه ليس من السهل معرفة متى ستحصل هذه الاغلبية وبالتالي فإنه من الصعب ان نحدد بالضبط متى تنشأ او توجد القاعدة القانونية. وسبب ذلك ان الاستاذ كابيتا ترك تحديد وضعية القاعدة الى شعور وسلوك (عادات) الافراد. لكن هل من المستطاع تثبيت ذلك لكي يمكن المناداة بولادة قاعدة قانونية وضعية؟ ان الاستاذ كابيتا يلاقي، في هذا المجال ذات الصعوبات وذات التساؤلات التي تعرض لها العميد دكي بالنسبة لنشأة القاعدة القانونية[1].

واذا كانت هذه هي الصعوبات التي تلاقيها نظرية الاستاذ كابيتا حول نجاعة القاعدة القانونية العامة، فإن صعوبة اخرى يمكن ان تجهز على هذه النظرية وذلك فيما يتعلق بالقاعدة القانونية

---

(١) انظر: اعلاه، بند ٨٤.

الفردية. والاستاذ كابيتا من اشد المتحمسين لوجود مثل هذه القواعد القانونية الفردية. واذا كانت ميزة القاعدة القانونية هي في ان تكون في ذات الوقت صحيحة وناجعة، فهذا يعني ان القاعدة التي تصدر عن هيئة مختصة وتوجه الى فرد بالذات لا تكون وضعية وبالتالي قانونية ما لم يقبل من توجه اليه هذه القاعدة ان ينفذها.

وهذا يعني، ان القاعدة التي يصدرها الحكام القابضون على السلطة ستعلق، وجوداً او عدماً، على ارادة وبالتالي على رغبة من توجه اليه، وهذا ما لا تقبله قواعد المنطق واستقراء الوقائع.

١٠٥ . استبعاد النجاعة من وضعية القاعدة

وبناءً على ما تقدم فإن النجاعة ليست من جوهر القاعدة القانونية وبالتالي فإن نجاعة القاعدة القانونية لا يمكن ان تكون شرطاً لوضعيتها. فوضعية القاعدة القانونية لا تتوقف على نجاعتها بل على صحتها، أي كونها صادرة عن هيئة مختصة وبصرف النظر عن موقف جمهور الافراد منها، لان ذلك لا يؤثر في صحتها او وضعيتها. ولهذا فإن الاستاذ آنري دبيرو محق حين يقول: ان "... نجاعة القاعدة ليست... شرطاً ضرورياً لوضعيتها. الحقيقة هي انه لكي ندرك بالضبط ما هي القاعدة القانونية، في ذاتها علينا ان نعتبرها في صحتها فقط... أؤكد... ان الصحة وحدها تكفي لتمييز القاعدة القانونية الوضعية"[1]. ويضيف الاستاذ دبيرو قائلاً ان: "الجمهور، كما هو، لا دخل له مطلقاً في تحضير القواعد القانونية وفي صحتها. هو فقط موجود كمعطية كجزء من الواقع يحسب له المشرع حساباً (فهناك قوانين لا يمكن ان نتصور فرضها على شعب مهما كنا نفترض سهولة قيادته، الا اذا اردنا ان لا نصدر الا تشريعاً مزعزعاً). فرضاء جمهور الافراد يمكن ان يعتبر عامل استقرار سياسي مرغوباً فيه، لكن لا نستطيع ان نرى فيه... مصدراً للصحة"[2].

فالنجاعة تتعلق بالسلطة أي بسلطة الحكام بحيث ان السلطة تكون ناجعة اذا فرضت دون مقاومة وان ارادة الحكام، القابضين على السلطة، هي التي تسود او تكون لها الكلمة الاخيرة في الفئة الاجتماعية. فالنجاعة اذن هي صفة او ميزة تتعلق بالسلطة او بسلطة الحكام. فتقديرها، وجوداً او عدماً، يعود الى الوقائع أي الى ما هو كائن وليس الى ما يجب ان يكون (القانون). فالنجاعة، اذا كان ولابد، تتعلق بمدى سيطرة القابضين على السلطة (الحكام) على الافراد أي على المحكومين. ففكرة النجاعة، اذن، تتعلق بفكرة السلطة فقط. ولما كانت السلطة ظاهرة فعلية، فالنجاعة التي توصف او تميز ظاهرة السلطة تبقى ايضاً ظاهرة فعلية وتقدر على مستوى ما هو كائن وليس على مستوى ما يجب ان يكون، أي على مستوى السياسة وليس على مستوى القانون.

لذا نقول ان السلطة ناجعة او غير ناجعة ولا نقول ان القاعدة القانونية ناجعة او غير ناجعة، ولكن نقول ان القاعدة صحيحة او غير صحيحة. فالصحة هي ميزة او صفة القاعدة القانونية بل ان وجود القاعدة القانونية متوقف على صحتها. وصحة القاعدة القانونية يعني انها صدرت عن

---

(١) دبيرو: المشاكل الكبرى للقانون، ص٣٨، ٣٩.

(٢) دبيرو: المشاكل الكبرى للقانون، ص٤٤، ٤٥.

سلطة "ناجعة" مؤهلة لان تضع مثل هذه القاعدة، "فالقاعدة القانونية تكون وضعية صحيحة وكاملة لمجرد انها تصدر عن سلطة مؤهلة (و) تستقي هذا التأهيل... من سلطة ناجعة"(١).

والسلطة الناجعة هي السلطة المطاعة حيث يعمل الحكام بشتى الوسائل لتكون سلطتهم وبالتالي ارادتهم مطاعة أي تفرض، دون مقاومة تذكر، على المحكومين.

§٣- العلاقـة بين الصحـة والنجاعـة

١٠٦. إنكار التمييز بين الصحة والنجاعة

يرى الاستاذ بردو ان التمييز بين صحة ونجاعة القاعدة غير مقنع. فحين نتحدث عن صحة القاعدة، فإننا نكون بصدد أمر، وحين نواجه نجاعة القاعدة، فإننا سنكون بصدد سلوك (الافراد).

غير ان "القاعدة القانونية، بخلاف القواعد التي تستند اليها النظم الانسانية الاخرى، لا تقبل بازدواجية الاساس، بالنسبة لصحتها وبالنسبة لنجاعتها. وبتعبير آخر، فإن سبب صحة القاعدة لا يختلف عن سبب نجاعتها"(٢).

وفي الحقيقة، يقول الاستاذ برود، ان التمييز بين صحة ونجاعة القاعدة القانونية يعود الى الطبيعة المزدوجة التي تعطى للقاعدة. فبينما تكون النجاعة ظاهرة سوسيولوجية، فإن الصحة ستكون صفة ملازمة للقاعدة، لانها مستقلة عن موقف الافراد منها. الا ان هذه الازدواجية في الطبيعة هي امر مغلوط.

"فسلوك الافراد لا يتعلق فقط بنجاعة القاعدة، بل يتعلق ايضاً بصحتها. غير ان هذا السلوك لا يظهر بنفس الاسلوب بالنسبة لصفتي القاعدة".

فالصحة تقوم على القبول العام للنظام القانوني، بمعنى انها النتيجة المنطقية لشرعية السلطة القائمة. اما النجاعة فإنها تتعلق بقاعدة او مجموعة قواعد. فلا يمكن ادراك نظام قانوني غير مطبق بمجمله، لكن ليس من الضروري ان تكون نجاعته مطلقة. فعدم التسليم الفردي بقاعدة او اكثر لا يبطل قيمتها، فمثل هذه القواعد تستمد صحتها بقدر ما هي تندرج ضمن نظام قانوني صحيح بمجمله باعتباره صادراً عن سلطة ناجعة.

فعدم النجاعة المقتصرة على بعض القواعد يثبت، يقول الاستاذ بردو، ان النظام القانوني، حتى اذا سلم به في مجمله، لا يوجه الى قدسيين بل الى افراد يحاولون التخلص من التزامات لا ينكرون صحتها بالنسبة للآخرين. ولا يكون الامر غير ذلك الا اذا ثبت ان النجاعة وصلت درجة بحيث ان السنة لم تعد الا مجرد اقتراح. وفي هذه الحالة، ومن خلالها، فإن السلطة ستكون المستهدفة. "فالقاعدة لا تجد عند ذاك صدى" في سلوك المحكومين من جهة، ومن جهة اخرى، فإن خرقها لا جزاء له، فالقاعدة لا تفقد فقط نجاعتها، بل ان صحتها ذاتها تصبح معيبة"(٣).

---

(١) دبيرو: المشاكل الكبرى للقانون، ص٥٤.

(٢) بردو: المطول في علم السياسة، ط٢، ج١، ص٣٥٠.

(٣) انظر: بردو، المطول، ج١، ص٣٥١-٣٥٢.

ونود ان نلاحظ ان الاستاذ بردو محق فيما يقوله: ان القاعدة القانونية لا يمكن ان تكون لها أساسيان: الصحة والنجاعة، وبذلك فهو يخالف ما ذهب اليه الاستاذ كلسن من ان القاعدة القانونية يجب ان تكون صحيحة وناجعة في ذات الوقت. الا انه قد يكون غير محق حين يقول بأن لا وجود للطبيعة المزدوجة للقاعدة القانونية (كما يراها الكثيرون)، وبالتالي فإن التمييز بين صحة القاعدة ونجاعتها يجب استبعاده.

فالمناداة بالطبيعة الواحدة للقاعدة القانونية، تنطلق في الحقيقة، من نجاعة القاعدة (سلوك الافراد) التي تحدد بدورها صحة القاعدة القانونية. بتعبير آخر ان نجاعة القاعدة وصحتها شيء واحد، يجد اساسه في مدى سلوك الافراد تجاه القاعدة القانونية، بمعنى ان سلوك الافراد لا يظهر بشكل واحد بالنسبة للصحة وبالنسبة للنجاعة. الا ان صحة القاعدة ونجاعتها ستتوقفان على هذا السلوك بالذات، أي على "النجاعة". فموقف الافراد من قاعدة او مجموعة قواعد، هو موقف من نجاعة القاعدة، وموقفهم من النظام القانوني، وبالتالي من السلطة وشرعيتها، هو موقف من صحة القاعدة.

الا ان الموقف الصحيح هو في التمييز بين النجاعة والصحة دون ان نهمل العلاقة بينهما، أي ان نميز بين ما هو كائن وما يجب ان يكون، بينما ينطلق الاستاذ بردو مما هو كائن (سلوك الافراد) ليتحكم فيما يجب ان يكون (صحة القاعدة).

فالخلط بين ما هو كائن وما يجب ان يكون غير جائز لانهما يطرحان على مستويين مختلفين، وبالتالي فلا يكون للنجاعة دور في تعريف القاعدة القانونية.

١٠٧ . طبيعة العلاقة بين الصحة والنجاعة

لكن اذا كانت النجاعة لا تدخل في تعريف او تحديد القاعدة القانونية، فهذا لا يعني ان لا علاقة البتة بين نجاعة السلطة وصحة القاعدة القانونية. فالعلاقة بين النجاعة والصحة تتجلى في ضرورة الطاعة الاجمالية لمجموع القواعد القانونية التي يطلق عليها النظام القانوني. وهذه الطاعة الاجمالية للنظام القانوني هي صورة من صور نجاعة السلطة ودليل مهم على هذه النجاعة. الا ان النجاعة، المتمثلة بطاعة القانون لا تدرك بالنسبة لكل قاعدة قانونية بمفردها. ففي هذه الحالة يكفي ان تكون القاعدة صحيحة ولو غير مطاعة لتكون قانونية وبالتالي وضعية. فلو عرفنا القاعدة بنجاعتها فإننا سننكر القانونية على عدد مهم من القواعد. لكن اذا عرفنا القاعدة القانونية بانها جزء من نظام قانوني صحيح وناجع، فعندها يمكن اعتبار كل القواعد غير المطبقة بأنها قواعد قانونية. فالعبرة، اذن، بالنجاعة الاجمالية للنظام القانوني المعبر عن ارادة السلطة وهو الدليل الاكيد على نجاعة هذه السلطة، اذ لا عبرة بنظام قانوني صحيح ولكنه غير ناجع.

فالقانون هو حقيقة اجتماعية وفي ذات الوقت نظام سنني متدرج القواعد. وهكذا يمكن تبرير "نجاعة" القانون دون ان نهدم في ذات الوقت بنيته التدرجية القائمة على اساس فكرة الصحة. وهذه النتيجة يمكن الحصول عليها بالتمييز بين فكرة القاعدة القانونية وفكرة النظام القانوني.

فالقاعدة القانونية هي القاعدة التي تندرج بشكل صحيح ضمن مجموع سلمي هو النظام القانوني. اما النظام القانوني فهو المجموع المتدرج للقواعد القانونية الذي تدعمه سلطة ناجعة[1].

٤§- جزاء القاعدة القانونية

١٠٨ . طرح المشكلة

القاعدة القانونية وضعت لتنظيم الحياة التي تتجسد في علاقات الافراد في المجتمع. ولكي تؤدي القاعدة الغاية المطلوبة منها يجب ان تكون مطاعة. وهي كذلك في الغالب. فالقوانين، بصورة عامة، تطاع بشكل تلقائي ومن ذات الافراد، وان حالات عدم الطاعة، التي تشكل خرقاً لهذه القوانين، هي قليلة جداً اذا ما قورنت بالحالة العامة وهي الطاعة او احترام القوانين في المجتمع من قبل الافراد. فما تضمه القاعدة القانونية من اوامر تتعلق بحماية حياة الافراد او ممتلكاتهم او بواجباتهم تجاه المجتمع او الافراد، هي اوامر تنفذ. وعليه فإن القوانين او القواعد القانونية التي تتضمنها القوانين تطاع في الحقيقة والواقع، وذلك بصرف النظر عن الدافع او الباعث الذي يكمن وراء هذه الطاعة.

ولكن اذا اخذنا بنظر الاعتبار طبيعة الانسان، في خيرها وشرها، عندها يمكن التساؤل: هل ان القاعدة القانونية تطاع من دون خوف، ومن دون التهديد بارغام سيقع على من لا يطيع القاعدة القانونية او القانون الوضعي؟ ان استعراض التأريخ وقوانين الشعوب يجيب بأن الخوف من العقاب قد يكون الدافع الاساسي او المهم لطاعة القانون. فمجرد التلويح بالعقاب يمكن ان يكون، وقد يكون بالفعل، دافعاً اساسياً او باعثاً لطاعة القوانين واحترام نصوصها. ان "حقيقة" القوانين العقابية في الزمان والمكان تنهض لتؤكد ضرورة وجود العقوبة لتنفيذ ما تأمر به القاعدة القانونية سلباً او ايجاباً. وهذا يدعونا الى القول ان "الجزاء La Sanction" له دور في تطبيق القانون وبالتالي في نظرية القانون. واذا كان الامر كذلك، فهل يعني مما تقدم ان القاعدة (قاعدة السلوك) لكي تكون قانونية يجب ان تكون مصحوبة بجزاء؟ بعبارة اخرى هل ان الجزاء جزء من القاعدة القانونية بحيث لا يمكن ادراك القاعدة القانونية الوضعية بدون جزاء، بل لا وجود للقاعدة من الناحية القانونية اذا لم تقترن بجزاء؟

١٠٩ . موقف الوضعية القانونية

ان اتجاهاً مهماً في الفكر القانوني، يتمثل خاصة في الوضعية القانونية، يذهب الى ان الجزاء يضفي القانونية على القاعدة بحيث ان القاعدة لا تكون وضعية وبالتالي قانونية ما لم تكن مصحوبة بجزاء. فدور الجزاء، بناءً عليه، اساسي بالنسبة للوضعية القانونية، في اضفاء القانونية على القاعدة. وخير من يمثل هذا الاتجاه هو الاستاذ كاره دمالبر. فالقاعدة القانونية، بالنسبة له، تتميز بجزائها ذي الطبيعة المادية وبالقوة الخاصة التي تأخذها من هذا الجزاء فيما

---

[1] انظر: إبرو، النظام القانوني والسلطة الاصلية، ص٤٥٦-٤٥٧.

الاحكام المتعلقة بتنفيذها. وحيث ان الدولة، في الازمنة الحديثة، تملك وحدها سلطة منح القواعد التي تحكم سلوك وعلاقات الافراد وهذه هي القوة المنفذة، لذا فإن الدولة تخلق القانون، وان من جوهر القاعدة القانونية ان تكون مجازاة بوسائل ارغام مباشرة[١].

"... في مجال الحقائق الملموسة، يقول الاستاذ كاره دمالبر، ان اية قاعدة مهما كانت، سواء تعلقت بسلوك الحكام ام حددت التصرفات الفردية للاشخاص لا تصبح قاعدة قانونية بالمعنى الدقيق الا اذا امتلكت جزاءً مادياً بحيث ان تنفيذها يمكن ان يتم، او ان عدم تنفيذها يقمع، بوسائل بشرية للارغام المباشر"[٢].

في الحقيقة اذا كان القانون، بالنسبة لهذا الاتجاه الفكري، يجد اساسه في ارادة الدولة وهو تعبير عنها، فإن ذلك يجد تأكيده في الدور الذي يقوم به الجزاء. فالقانون امر، في هذا التصور، واذا تم تجاوز هذا الامر، أي امر الدولة او السلطة، فمعنى ذلك ان النظام اصابه الخلل وان الامور سيعاد نصابها بتدخل السلطة وبالقوة عند الاقتضاء. لذلك فإن هذا الجزاء الارغامي سيكون حتماً ضمن التعريف المعتاد للظاهرة القانونية، فهو العلامة الفارقة التي تميز القانون عن باقي القواعد الاجتماعية. فالقاعدة الخالية من الجزاء ليست الا مجرد تمنٍ. و"حين تتكلم السلطة ولانها تريد، فإنها يجب ان تريد الى آخر الشوط، أي انها تفرض ارادتها على كل مقاومة تعترضها، وبالوسائل التي تحت تصرفها أي بالقوة عند الحاجة". ومن هنا تتأكد، مرة اخرى، الصفة الارادية للظاهرة القانونية" ولكي تراعي القوانين وبالتالي توجد بهذه الصفة، يتوجب ان تلجأ ارادة السلطة الى الارغام، والا فإنه من غير الجائز الكلام عن ظاهرة متميزة يمكن ملاحظتها، فليس هناك عندها الا تردد غير قابل لان يترجم في الوقائع" يقول الاستاذ باتيفول[٣].

ونلاحظ بصدد هذا الموقف للوضعية القانونية، انه لا يمكن انكار دور الجزاء في تطبيق القانون وتنفيذ القاعدة القانونية. فالقاعدة القانونية وان كانت مطاعة في غالب الاحيان، الا انه لا يمكن ان نتجاهل دور الجزاء، وما يتضمنه من تهديد، في التأثير في نفوس الافراد (الذين توجه اليهم القاعدة) وبالتالي في طاعة القاعدة القانونية". فالبشر، كما يقول الاستاذ فيرالي، لا يميلون في اغلب الحالات الى الخضوع تلقائياً لما يطلب منهم، اذا استطاعوا ان يفلتوا منه بدون مجازفة"[٤].

---

(١) انظر: اعلاه، بند ١٧.

(٢) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص٢٣٩.

(٣) باتيفول: مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص١٥.
وقد اكد هوبز بوضوح هذا المظهر الجديد لدور الارادة في القانون. فتحت تأثير الظروف المضطربة التي عاشها وطبيعته المذعورة وفلسفته التي تتضمن الاقتصار على ما هو ملاحظ، فقد اعتبر "حالة الطبيعة" صراع الكل ضد الكل (الانسان ذئب بالنسبة للانسان) والذي يتكرر في كل حرب اهلية. لذلك فإن الهدف الاول للتنظيم الاجتماعي سيكون الحفاظ على حياة كل فرد. والوسيلة الضرورية لذلك هو اقامة سلطة يخشاها الكل: فهوبز في الحقيقة، "لا يعرف أي التزام آخر غير الارغام الفعلي المفروض بالقوة على الانسان الذي تحركه عواطفه... فلا يمكن للانسان ان يلزم نفسه. لانه سيكون من الممكن ان يتخلص من هذا الالتزام في كل لحظة". ويترتب على ذلك انه "لا يوجد قانون حقيقة... الا اذا كان امر القانون يكون سببا كافياً للتصرف. الا انه لا يمكن ان يكون الامر كذلك الا اذا كان رفض التصرف يلحقه الاذى. وهذا لا يحدث الا اذا كان القانون قد اقيم من قبل سلطة قادرة على ان تفرض الطاعة". واذا كان، بالنسبة لهوبز "جوهر القانون هو في الامر" فإنه بالارغام سيوجد "حقيقة" القانون: وعليه فإن قناعته تقوم على ان الارغام هو الذي يدخل القانون في ميدان الوقائع أي يمنحه الوضعية". (انظر: باتيفول، المرجع السالف الذكر، ص١٦. والمراجع التي ذكرها) وحول مذهب هوبز، "الانسان والمفكر"، انظر: منذر الشاوي، الدولة الديموقراطية، ص٦٦ وما بعدها.

(٤) فيرالي: الفكر القانوني، المرجع السالف الذكر، ص٦٨.

لكن ما يمكن انكاره هو اعتبار الجزاء معياراً للقاعدة القانونية بحيث يكون الشرط الذي لابد منه لاضفاء الصفة القانونية على القاعدة. فالجزاء أي الارغام واجراءات التنفيذ هي، في الحقيقة، عناصر طارئة ومضافة الى القاعدة ولا تكون بالتالي جزءاً منها بالمعنى الدقيق. فالقاعدة كاملة وملزمة حين تتضمن حكماً وذلك بصرف النظر عن اجراءات تنفيذها. وعليه فإن الجزاء الذي يصاحب في الغالب القاعدة القانونية لا يؤثر في الصفة الآمرة للقاعدة أي لا يؤثر في الامر المطلق الذي يتضمنه حكم القاعدة القانونية. فالقاعدة تكون كاملة وآمرة وقانونية من دون الجزاء، لكن الجزاء يلعب دوراً مساعداً في تنفيذ القاعدة القانونية ليس غير. فدور الجزاء، كما لاحظ الاستاذ دابا، هو لاسناد او نجدة الامر المطلق الذي تتضمنه القاعدة القانونية أي من اجل ان تتحقق القاعدة فعلاً في سلوك الافراد.[1] فالأصل، اذن، هو القاعدة والتابع هو الجزاء بحيث ان القاعدة، من الناحية القانونية، يمكن ان تستغني عن الجزاء ولكنه ضروري لتطبيقها. فالجزاء، بتعبير آخر، ضروري لضمان نجاعة القاعدة وليس لصحتها او وجودها القانوني[2]. لذلك فإن المذهب الذي يعتبر الجزاء معيار القاعدة القانونية يخلط بين "النجاعة" وبين الصحة، بينما هما مفهومان مختلفان لانهما يعودان الى ميدانين مختلفين: ميدان السلطة وميدان القانون.

١١٠ . استبعاد الجزاء من قانونية القاعدة

لما كان الجزاء إحدى وسائل نجاعة السلطة، فعلاقته، اذن، بالسلطة وليس بالقانون وبالتالي فإنه لا يدخل في تعريف او تحديد القاعدة القانونية. فالجزاء يهم السلطة ونجاعتها. والسلطة ناجعة لانها مطاعة وهي التي تقدر الوسائل التي تلجأ اليها لاستحصال هذه الطاعة ومنها الجزاء. واذا كانت السلطة مطاعة فلماذا تقرن اوامرها بالجزاء او بالتهديد باستعمال الاكراه او الارغام الذي قد تلجأ اليه في حالة التمرد او عدم الطاعة؟ لذا فإن وسائل الاكراه او الارغام هذه، التي تؤكد وتدعم نجاعة السلطة، تبقى بعيدة عن جوهر القاعدة القانونية ولا تدخل في تعريفها. "لا توجد اية علاقة من حيث الجوهر، يقول الاستاذ دبيرو، بين القاعدة والجزاء، كذلك بين القانون والسلطة، غير ان السلطة في الواقع بجوهرها تكون ناجعة عندما تحرص على ان الاوامر التي تصدرها بشكل قانوني يجب ان تحترم"[3].

ومما يؤكد ان الجزاء هو من ميدان السلطة وبالتالي لا يدخل في تعريف القاعدة القانونية او في وضعيتها، هو ان السلطة تستطيع اللجوء الى الارغام لتنفيذ القواعد التي تضعها حتى ولو لم تتضمن هذه القواعد جزاءً، كما ان عدم تطبيق الجزاء الذي تتضمنه بعض القواعد القانونية

---

(١) انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ط٣، ص٨٨. فالعلاقة بين السلطة والقانون يمكن ان
(٢) واذا كان الجزاء وسيلة لتأكيد "نجاعة" القاعدة القانونية، فهو ايضاً وسيلة لتأكيد قوة السلطة او نجاعتها. فاحتمال تدخل السلطة عن طريق
توجد اذن بتوسط الجزاء، بمعنى ان الجزاء يساعد او يلعب دوراً في تطبيق القاعدة القانونية، وليس في تعريفها. ولكن هذا الاحتمال التدخلي للسلطة ليس له علاقة
اتخاذ اجراءات تنفيذية (جزاء) هو عامل اكيد لضمان تطبيق القاعدة القانونية، أي نجاعتها. "فاحتمالية التدخل (السلطة)، يقول الاستاذ باتيفول، تميز... وضعية القانون، لكنها لا تكونها". (باتيفول:
او تأثير في "وضعية القاعدة القانونية".
مشاكل اساسية في فلسفة القانون،ص١٢٥).
(٣) دبيرو: المشاكل الكبرى للقانون، ص٥٤.

(كقوانين الضرائب مثلاً) لا يعني ان هذه القواعد ليست بقواعد قانونية. فليس من المهم، لكي تكتسب القاعدة الصفة القانونية، ان تكون او لا تكون، بصورة عامة، مطاعة او تكون موضوع طاعة بأي شكل من الاشكال، فيكفي ان تكون صحيحة. لكن السلطة الحكومة، لكي تكون "وضعية" يجب، بالعكس، ان تكون مطاعة او تقبض على كل الوسائل لكي تكون كذلك.[(١)]

ويعبر الاستاذ دابا عن هذه الحقيقة حين يقول: "...عدم النجاعة او ضعف الارغام، كذلك عدم الطاعة، لا يمكن ان يمس صحة القاعدة. فهذه تلزم وتستمر بالالزام بفضل الامر الذي تتضمنه فقط"[(٢)].

فالجزاء، اذن، ليس من جوهر القاعدة القانونية، انه يتعلق بالسلطة وهذه تستطيع ان تنص عليه كما انها تستطيع ان لا تنص عليه فيما تضعه من قواعد قانونية، لكنها في كلتا الحالتين تستطيع ان تنفذ ارادتها بما تلجأ اليه من وسائل الارغام، لانها الاقوى في المجتمع. فالجزاء ليس الا وسيلة من وسائل تأكيد "قوة" السلطة يلجأ الحكام اليه متى ارادوا لتأكيد نجاعة سلطتهم.

ان "الجزاء يقول الاستاذ دبيرو، لا علاقة له بجوهر القانون وغريب عنه، فهو لا يتعلق الا بالسلطة. وهذه (السلطة) تضعه او لا تضعه، كما تريد، وفي كلتا الحالتين يمكنها ان تعتبره كاحتياطي او تلجأ اليه لانها الاقوى. ولان قواعد القانون هي وسيلة، من بين وسائل اخرى، للتعبير عن ارادة السلطة ولاظهار نجاعتها، فإننا نجد في الغالب الجزاء مضافاً الى القاعدة، الا انه لا يوجد بينهما أي ارتباط وثيق او ضروري"[(٣)].

---

(١) انظر: دبيرو، المشاكل الكبرى للقانون، ص٥٢.

(٢) دابا: النظرية العامة للقانون، ط٢، ص٥٥.

(٣) دبيرو: المشاكل الكبرى للقانون، ص٥٥.

وبصدد هذه الاراء، وايمانه بان الجزاء جزء من القاعدة القانونية ومعيار لها، فإن الاستاذ رُوبية، يعتقد ان فقهاء القانون العام أربكوا ابسط المفاهيم، حين اهملوا تماماً النظر الى الاوجه الاكثر ثباتاً للقانون والتي يؤكدها القانون الخاص، وان الاستاذ دبيرو، في مقاله، يعتقد انه يستطيع ان يثبت بأن الجزاء غريب عن جوهر القانون ويتعلق بالسلطة وان القاعدة غير المطاعة تبقى قاعدة من قواعد القانون الوضعي، طالما هي وضعت بصورة صحيحة. و"هذا التعليل، يقول الاستاذ رُوبية غير مقنع مطلقاً: فالحكومة في القانون العام، والافراد في القانون الخاص، يستطيعون دائماً التخلي عن تحريك الجزاء المرتبط بقاعدة (لكن) هذا لا يتضمن بأي حال ان القاعدة هي امر بدون جزاء (و)... بالاخص حين جعل من الجزاء مسألة تتعلق بالسلطة، فإن (الاستاذ) دبيرو يضع نفسه على ارضية القانون العام فقط وليس على ارضية القانون الخاص: فاذا حرك الافراد آلية الجزاء القضائي للدفاع عن ملكية او عقد، فإن ذلك ليس لانهم يقبضون على السلطة ويستطيعون استخدامها او عدم استخدامها كما يريدون، بل لان الحق الذي منح لهم يستند الى قاعدة ارتبط بها هذا الجزاء" . (رُوبيه: النظرية العامة للقانون، ص٠٤هامش٢).
ونود ان نلاحظ ان ما اراد ان يقوله الاستاذ دبيرو، هو ان السلطة تستطيع ان تضع جزاءً للقاعدة وتستطيع ان لا تضع هذا الجزاء، ولكن تبقى هذه القاعدة قانونية لانها صحيحة. لذلك فإن مسألة تخلي الحكومة عن "تحريك" الجزاء المرتبط بقاعدة غير وارد. فالموضوع ليس التخلي عمّا هو موجود، وانما التخلي عن منح القاعدة الجزاء الذي تريده السلطة، فإن وجد هذا الجزاء صح عندها التخلي عنه بالنسبة للافراد. ولذلك حين يحرك الافراد آلية الجزاء القضائي، استناداً الى قاعدة اجازت ذلك، فإن هذا يعني ان السلطة هي التي منحت هذه القاعدة الجزاء واعتقدته ضرورياً في هذه الحالة، وليس لان الافراد لهم "سلطة" يستطيعون استخدامها او عدم استخدامها. فالقاعدة التي اعطت الحق او المكنة في تحريك الجزاء القضائي، كانت السلطة قد وضعتها بهذه الصيغة وان للافراد "حق" استخدام او عدم استخدام هذه المكنة دفاعاً عن حقوقهم (ملكية او عقد) وليس لانهم يقبضون على سلطة ويتحكمون في استعمالها. نعم ان لهم "سلطة" ، ان صح التعبير، في تحريك الجزاء القضائي او عدم تحريكه، لكن في نطاق ما اراده المشرع وحدده في القواعد التي تحكم ذلك. فهناك فرق، اذن، بين سلطة الحكام و"سلطة" المحكومين (الافراد) في التعامل مع القواعد القانونية التي يضعها القابضون على السلطة في الدولة. لذلك فإن اعتراض الاستاذ رُوبيه فيه شيء من الخلط، وربما من عدم الدقة. ويبقى، في نظرنا المتواضع، تحليل الاستاذ دبيرو صحيحاً، لانه انصب على القاعدة القانونية في ذاتها لتحديد وضعيتها ومدى علاقة ذلك بالجزاء.

١١١ . القانون والجزاء

وفي ختام بحثنا عن دور الجزاء في قانونية القاعدة نرى من المناسب ان نتأمل فيما كتبه بعض الفقهاء بهذا الصدد.

يتساءل الاستاذ غاستون مي: "هل فكرة الجزاء أي باختصار الارغام المادي لا تفترق عن فكرة القانون؟ يرى الكثيرون هذا ويعتقدون انه حيث يفتقد الجزاء يفتقد القانون ليصبح نصيحة تعطى للانسان، محاولة للاقناع، ومجرد دعوة للقيام او عدم القيام بعمل شيء. انا لا اؤيد هذا الرأي، فمن البداهة اذا كان كل الافراد صادقين، متخلين عن الانانية، ومسالمين حقيقة ودائماً اذكياء، فإن القانون سيفرض عليهم لمجرد انه القانون ومن دون اللجوء الى الجزاء.

ولكن المسألة لا يمكن ان تطرح بهذا الشكل. (حيث) يجب التمييز بين المراحل التأريخية واخذ تطور الافكار بنظر الاعتبار. فلا شك انه في البداية كان التهديد بالجزاء يكفي لتفسير احترام الانسان للامر القانوني. فما يدفع اغلبية الافراد ان لم يكن جميعهم لان يوافقوا تصرفاتهم مع القواعد القانونية هو هذا الدافع الاناني والبعيد عن السمو، أي ان خرق القاعدة سيلحق بهم الاذى. وشيئاً فشيئاً فإن دوافع اخرى دخلت في الاعتبار. فكان احترام السلطة التي وضعت القاعدة، ثم الاحترام التلقائي لهذه القاعدة لأن الاعتياد من شأنه ان يطوي امامه الارادات، وبعد ذلك الشعور بضرورتها للخير العام، واخيراً التعاطف مع الاخرين، وعند البعض، من ذوي الضمير المرهف، احترام الذات والخوف من السقوط في نظر الذات نفسها. كل هذا انتهى بتكوين حزمة من البواعث اسهمت في تحقيق ذات النتيجة، فكونت في النهاية عند الانسان المتحضر ما اسميه بالنسيج القانوني أي الدافع لاحترام القانون بعيداً عن الخوف من الجزاء. فيكون من الخطأ، اذن الا نأخذ بنظر الاعتبار مثل هذه الحالة الروحية التي وان افتقدت عند الكثيرين فإنها توجد عند البعض بدرجات متفاوتة من القوة وبفعل تقدم الحضارة لا يمكن إلا ان تزداد حدة... ان القانون بالنسبة للاغلبية لا يمكن ان يتخلى عن الجزاء فبدونه سيتعرض للتجاهل بسهولة. الا ان هذا الاقرار لا يتضمن ان القاعدة القانونية مرتبطة بلا رجعة بفكرة الجزاء، فالقانون الخالي من الجزاء يبقى مع هذا قانوناً وهكذا يجب ان يحترم"(١).

ويقول الاستاذ الانكليزي هارت: ان "القانون يتضمن فكرة وجود واجب باحترام نصوصه وليس فقط امراً يسنده التهديد"(٢).

اما العميد ريبير، فيلاحظ: ان "كل انسان عاقل وصل الى المرحلة التي يجب ان يعيش فيها حياة فاعلة ومستقلة، اذا اخذ بنظر الاعتبار النظام الذي يسود في المجتمع الذي ينتمي اليه، ويدرك ضرورة القواعد القانونية ويخضع باختياره للنصوص التي تتضمنها"(٣).

غاستون مي: المدخل الى علم القانون، المرجع السالف الذكر، ص٤٨-٤٩.

ذكره: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص٤٧، هامش١١٢).

ريبير: القوى الخلاقة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص١.

الفصل الثالث
ميزة القاعدة القانونية

١١٢ . معطيات المشكلة وخطة

من تحليل بنية القاعدة القانونية ومن دراسة وضعيتها، تبين لنا ان القاعدة القانونية تتضمن امراً وهي كذلك لأنها، في الحقيقة، قاعدة سلوك. ولكن قواعد سلوك اخرى، غير القواعد القانونية، توجد في المجتمع وبالتالي "تأمر" بسلوك معين. عندها يطرح السؤال التالي: ما ميزة القاعدة القانونية عن قواعد السلوك الاخرى في المجتمع؟ واذا كنا قد حددنا وضعية القاعدة القانونية، فإن هناك من القواعد ما يمكن ان تشترك في هذه الوضعية وبالتالي يمكن ان تتمتع بالصفة القانونية. ذلك هو حال القاعدة العرفية. واذا كنا قد حددنا بنية القاعدة القانونية مؤكدين ان ميزتها في امرها، فهناك ايضاً من القواعد ما يمكن ان تتضمن هذا الامر الموجه الى الافراد. وذلك هو حال القاعدة الاخلاقية. فكيف، اذن، وهذه هي معطيات المشكلة، نميز بين القاعدة العرفية والقاعدة القانونية وبين هذه الاخيرة والقاعدة الاخلاقية؟

واذا كان وجود القاعدة الاخلاقية غير محل شك، فإن المسألة الاساس، في تحديد ميزة القاعدة القانونية، ستكون في ايجاد المعيار الذي يميزها عن القاعدة الاخلاقية. اما القاعدة العرفية، فإن وجودها كمصدر آخر للقواعد القانونية هو المثير للجدل وبالتالي هي المسألة الواجبة الحل.

لذا فإن "ميزة القاعدة القانونية" تتطلب الوقوف عند وجود وقانونية القاعدة العرفية، بينما تتحدد هذه الميزة بالنسبة للقاعدة الاخلاقية عن طريق تحديد محمل وجود هذه القاعدة.

وعليه فإن ما تقدم يفرض علينا تناول مسألتين، دون غيرهما، لإظهار ميزة القاعدة القانونية: القاعدة العرفية والقاعدة الاخلاقية.

§١- القاعدة العرفية

١١٣ . توطئة وخطة

يراد بالعرف العادة المستمرة، في فئة اجتماعية معينة، باتباع سلوك معين يعتبره اعضاء هذه الفئة ملزماً من الناحية القانونية. فالقاعدة العرفية تخلقها العادة لا السلطة، المجتمع لا الدولة.

فالقاعدة العرفية تنشأ من تكرار عادة بشكل تلقائي من قبل افراد يعتقدون بصورة عامة ان القاعدة العرفية "مفيدة ومعقولة" وبالتالي يجب احترامها كاحترام القاعدة التشريعية.

الا ان وجود القاعدة العرفية كمصدر من مصادر القانون هو محل شك كبير في كثير من

الانظمة القانونية المعاصرة، اذ كيف يمكن للعرف ان تكون له قوة ملزمة بوجود المشرع دون ان يكون ذلك بموافقته الصريحة او الضمنية. ومع هذا فإن الفقه، ونستطيع القول في غالبيته، يبقى متردداً بصدد رفض اعتبار العرف مصدراً للقانون. وما يدعو الى ذلك، ما لعبه العرف من دور، او ما اعتقد انه كذلك، في الانظمة القانونية القديمة في بعض البلدان (فرنسا مثلاً) وكذلك الحال اليوم في الدول الانكلوسكسونية. ثم ان هناك العديد من الوقائع الماثلة امام رجال القانون مما يجعل من الصعب عليهم انكار الصفة القانونية على العرف.

وقدم المدونات اعطى دوراً فاعلاً، وربما مجالاً واسعاً، للقضاء في نشأة العرف. كما ان هناك العديد من الحلول التي ولدت "تلقائياً" خارج التشريع وسلطة الدولة وكان لها الاثر في تنظيم الحياة القانونية. فهل يمكن اذن انكار دور هذا "القانون التلقائي" العرفي في خلق العديد من القواعد القانونية، ام ان دوره يقتصر، كما قيل، على حلول تسبق وضعية القاعدة القانونية؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات يجب ان نأخذ بنظر الاعتبار القواعد التي سلم بها الافراد وقبلت بكل طواعية وشعروا بأنها ملزمة بالنسبة لهم وتستحق الطاعة.

لذلك يجب استبعاد مسألة العرف في القانون الدستوري، وفي القانون الدولي العام. فالعرف الدستوري ينجم عن ممارسة السلطة من قبل الحكام بطريقة تختلف عن الطريقة المكتوبة في الدستور. والحكام بتعارفهم على ممارسة السلطة بشكل يختلف عن نصوص الدستور او لم يكن متوقعاً منها، يكونون قد احلوا محل ارادتهم المكتوبة في الدستور (حول طريقة ممارسة السلطة) ارادتهم غير المكتوبة الناتجة عن تعارفهم او اعتيادهم على طريقة معينة لممارسة السلطة. واعتياد الحكام على ممارسة السلطة بشكل لم يتوقعه الدستور من شأنه ان يضيف قاعدة (او قواعد) جديدة الى الدستور او يعدل بعض نصوصه في كلها او جزئها. وبما ان تعديل الدستور قد نتج عن تعارف الحكام على ممارسة السلطة بشكل لم يتوقعه الدستور او يخالف بعض نصوصه، وحيث ان هذا التعديل قد اضاف قواعد جديدة غير مكتوبة او عرفية الى الدستور فسنكون حينذاك امام نشأة العرف الدستوري[1].

اما بالنسبة للقانون الدولي العام، فانتفاء وجود "سلطة" تعلو على الدول اظهر دوراً للعرف، بحيث ان العديد من الحلول اعتبرت "وضعية" لأنها نتجت عن التصرف الثابت والمتوافق للدول التي هي في ذات الوقت اشخاص القاعدة التي ولدت بهذا الشكل.

واذا سلمنا بأن العرف مصدر للقانون الدولي فهو لا يمكن ان يكون، في الرأي الراجح التقليدي، من عمل الافراد لانهم لا يسهمون في المجتمع الدولي الا بصورة غير مباشرة. وعليه فإن كل قاعدة عرفية ستكون نتيجة للاعتقاد المشترك للدول (الحكام عملياً) الذي باستمراره تخلق القاعدة العرفية كما يقال.

فالدول (الحكام) تخلق، اذن، بهذا المعنى، القاعدة العرفية شأنها في ذلك شأن القواعد الدستورية العرفية التي هي ايضاً نتيجة تصرفات وارادة الحكام.

---

(١) لمزيد من التفصيل حول العرف الدستوري او "التعديل العرفي للدستور"، انظر: منذر الشاوي، القانون الدستوري، ج٢ (نظرية الدستور) ص٢٠٠ وما بعدها. وانظر: الدكتور سعد العلوش، دراسات في العرف الدستوري، بغداد، ١٩٩٩.

لذلك فإن معالجة القاعدة العرفية ستستبعد من ميدانها العرف الدستوري والعرف الدولي، وتنصب على دراسة القاعدة العرفية التي تنشأ تلقائياً من تصرفات ومعتقدات الافراد.

وهذا يتطلب الوقوف، اولاً، عند اساس القاعدة العرفية، ثم عند اصل هذه القاعدة، لنحدد بعد ذلك طبيعة القاعدة العرفية.

أولاً ـ أساس القاعدة العرفية

١١٤ . مذهب جني

في كتابه الشهير، "طريقة التفسير ومصادر القانون الخاص الوضعي" (١٨٩٩)، اراد العميد جني ان يثبت، رغم الهيمنة الكبيرة للمدونات، عدم كفاية القانون الوضعي لان يكون المصدر الوحيد للقانون، الأمر الذي جعله يذهب الى ماوراء القانون المكتوب ليجد في العرف مصدراً مهماً، ان لم يكن اساسياً، للقانون "الموضوعي". فكيف يدرك العميد جني العرف، وبعبارة ادق، ما هي عناصر القاعدة العرفية.

فبالنسبة له يتكون العرف من عنصرين: الاول، عنصر موضوعي أي مادي والثاني فكري أي ذاتي.

والعنصر المادي يتكون من "الممارسة الثابتة التي تتضمن تتابعاً كافياً لتصرفات متكررة.... فما يهم هو ان يكون المسلك محل الاعتبار قد تكون واستقر بدون تناقضات جدية يثيرها اولئك الذين لهم مصلحة في انكاره".

واذا كانت هذه النقطة قد تحققت، فإن مسألة المدى الزمني للمسلك او اعلانه ليست بالمسألة الجوهرية. فلا يمكن، في نظر العميد جني، تحديد فترة زمنية يتم خلالها تكوين العرف، كما لا يمكن القول ان هذه الفترة الزمنية لم تنته وبالتالي فإن إلعرف لم يتكون. لذلك فإن محاولات الفقهاء القدماء لتحديد هذه الفترة باربعين عاماً هي تخيل محض.

الا ان هذا العامل المادي وحده لا يستطيع ان ينشئ القاعدة العرفية، فيجب ان يضاف اليه عامل او عنصر آخر هو "الشعور القانوني l'opinio Juris او L'opinio Necessitatis". وهذا يعني ان الذين يمارسون هذا المسلك يقومون بذلك لأنهم يعتقدون انه ملزم قانوناً. فالاعتقاد، اذن، بالقيمة القانونية "للمسلك Lusage" (من قبل المعنيين) هو الذي يحول هذا المسلك الى عرف. وهذا ما يميز، يقول العميد جني، العرف عن باقي العادات التي تتبع في الحياة الاجتماعية، دون الاعتقاد بأنها ملزمة[١].

الا ان المسألة الواجبة الحل والتي تفرض نفسها هي: كيف ان بعض العادات تكتسب الصفة القانونية لتصبح عرفاً بينما غيرها يبقى مجرد عادات اقتصادية او متعلقة بآداب المجتمع دون ان ترتقي الى مستوى "القانون الموضوعي"؟

---

(١) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص٢٦٥.

وبعبارة اخرى لماذا يكون هناك "شعور قانوني" تجاه بعض المسالك او العادات دون غيرها، ليجعل منها عرفاً ملزماً؟

ان تفسير ذلك، يقول العميد جني، يعود الى واحد من أربعة اسباب.

السبب الاول: الحاجة الى الامن والاستقرار في العلاقات الاجتماعية. لاشك ان القاعدة العرفية لا تملك الدقة والضمان في التطبيق التي يملكها القانون المكتوب، الا انها قاعدة مع هذا، ومهما كان عدم اكتمالها في هذا المجال، فإنه من المستحسن او المفيد وجود قاعدة خير من عدم وجود أية قاعدة. فالقاعدة، حتى اذا كانت عرفية، فإنها تضع حداً او تكون كابحاً لنزوات الافراد في تنظيم علاقاتهم. هذا يعني ان العرف يملك ذات الامتياز الذي تملكه كل قاعدة قانونية: ضمان الامن حيث انه باتباع العرف سنعرف انه بحضور واقعة معينة، ستتبع نتيجة قانونية معينة، فالعرف، اذن، عامل أمن واستقرار.

والسبب الثاني: الحاجة الى المساواة. وهذه الحاجة يمكن تلخيصها بالسؤال التالي: اذا كان العديد من الاشخاص يخضعون لمسلك معين، فلم لا يكون ذلك بالنسبة للكل؟ والمثل التالي يوضح هذه الحاجة الى المساواة التي تكون سبباً لنشأة القاعدة العرفية. يعطي عدد من ارباب العمل "مساعدات عائلية" لعمالهم، وعندها يطرح السؤال التالي: لماذا لا يخضع ارباب العمل الآخرين ايضاً لهذا التكليف الذي يعتقد عدد كبير منهم بأنهم مجبرون عليه، ولماذا لا يتمتع عمال آخرون بهذه "المساعدة العائلية" التي اخذت اتساعاً كبيراً؟ عندها ينشأ مطلب المساواة عند ارباب العمل الذين اضر بهم ما اقدموا عليه (منح المساعدات العائلية لعمالهم) في المنافسة مع اصحاب المشاريع الاخرى الذين لم يقوموا بذلك، وكذلك مطلب المساواة عند العمال في مصانع اخرى الذين لم يستفيدوا من هذه المساعدات العائلية اسوة بزملائهم في المصانع الاخرى، ويرغبون بأن يتساووا معهم في ذلك.

وهذا يولد اتجاهين ينزعان نحو المساواة: مساواة بين ارباب العمل في تحمل العبء ومساواة بين العمال في الاستفادة من المساعدة. وبعد زمن قد يطول او يقصر سيخضع الرافضون من ارباب العمل لهذا المسلك وعندها ينشأ "الشعور القانوني"، ومن ثم تولد القاعدة العرفية نتيجة لتعميم هذا المسلك ويشعر الجميع بأن تعميمه يفرض لطمأنة الرغبة في المساواة.

والسبب الثالث: احترام التقاليد. وهذا يتحقق اذا كان المسلك او العادة قديمة فتكتسب بذلك نزعة التصلب أي تصبح مزمنة، بفضل الجمود وكذلك بفضل احترام الاجداد وعاداتهم في بعض المجتمعات ذات التقاليد. وهذا الاحترام للتقاليد يمكن ان يأخذ في بعض الاوساط الصفة الدينية. ففي العديد من المجتمعات غير المتطورة، حيث يهيمن العرف فيها، تكون عدد من القواعد القانونية ذات اصول دينية.

والسبب الرابع: تحقيق العدالة. فعمومية المسلك او العادة دليل على توافقه مع العدالة، على الاقل مع العدالة التي تفهم في الفئة الاجتماعية التي تطور فيها هذا المسلك او العادة. ان "العرف، يقول العميد جني، يفترض بالتعريف موافقة المعنيين بمن فيهم اولئك الذين يعانون من المحتمل من القاعدة التي أقامها (و) مثل هذا الاعتراف العام، ارادي في جوهره، يكون المؤشر الحاسم

لقيمة هذه القاعدة، واحسن ضمان للتوازن الذي تحققه بين المصالح محل الاعتبار".

الا ان العميد جني يضيف قائلاً "بعدم المبالغة في قيمة اعتبار عمومية المسلك كمؤشر على موافقته للعدالة"(١).

وبعد ان حدد عناصر القاعدة العرفية وبين اسباب نشأة "الشعور القانوني" او العنصر النفسي الذي يتضمن الاعتقاد بوجود الزام قانوني للتصرف باتجاه معين، بين العميد جني موقفه من بعض المفاهيم المتعلقة بنشأة العرف او القاعدة القانونية العرفية.

فهو يستبعد مفهوم المدرسة التأريخية للعرف، ناعتاً اياه بالمفهوم "الرومانتيكي"، لانه يسلم بنوع من اللاشعور الشعبي حيث تأخذ القاعدة القانونية الصفة الموضوعية قبل ان تظهر بالتصرف(٢).

كما يستبعد المفهوم "الروماني" الذي يفترض ان العرف يجب ان ينال موافقة المشرع على الاقل الضمنية. لا شك انه في حالة النزاع بينهما، فإن الاولوية ستكون للقانون المكتوب وانه يمكن للمشرع دائماً ان يدين صراحة بعض القواعد العرفية، لكن، يقول العميد جني "في حالة سكوت القانون الوضعي، فلا شيء يمنع من قيام العرف ومن دون ان يحتاج، من يتمسك به، الى تبرير ذلك بتسامح صادر من هيئات الدولة، وحتى لا يمكن افشاله باظهار ارادة مخالفة للمشرع لم تترجم في قانون ناجع".

اما موقفه من دور القضاء في نشأة القاعدة العرفية، فيتلخص بالشكل الآتي: خلال مرافعة امام القضاء، يدعي احد الخصوم بوجود قاعدة عرفية، ينكرها الطرف الآخر، فعلى القاضي عندها ان يقرر فيما اذا كانت مثل هذه القاعدة العرفية موجودة ام لا، ويحدد فيما اذا كان مضمونها يتطابق وفق ما ادُعي به.

فالسلوك الذي يكون العرف لا ينشأ دائماً بصورة تلقائية عند المعنيين، وعندها فإن القضاء (وحتى الفقه) يستطيع الاسهام في تهيئة اقامة العرف. الا ان الانشاء القضائي، يقول العميد جني، لا يمكن ان يكون في ذاته قانوناً عرفياً حقيقياً، فلا احد يستطيع ان يحل محل مسلك الافراد المعنيين. ولهذا فإن فكرة ان "العرف القانوني الحقيقي لا يمكن ان ينتج الا عن القرارات القضائية هي فكرة "غريبة"، يقول العميد جني". فالصحيح هو ان الاحكام، خاصة بتكرارها الثابت والموحد.. تهيئ غالباً المسلك (L'usage) وبشكل أفضل من التصرفات الارادية التي تظهر الشعور القانوني المتعلق بها لتكوين العرف"(٣).

---

(١) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص٢٦٨.٢٦٩.

(٢) فالشعور الشعبي، بالنسبة للمدرسة التأريخية، هو اساس كل قانون وضعي، وعليه فإن العرف سيكون التعبير المباشر والتلقائي لهذا "القانون الشعبي". ويقول "بختا" ان "العرف بالنسبة للشعب الذي اقامه هو المرآة التي يجد نفسه فيها".

(٣) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص٢٧٠.

١١٥. تقدير

في كتابه الصادر عام ١٩٠٣ وبسبعمائة صفحة بعنوان "وظيفة القانون المدني المقارن"، يتعرض الاستاذ لامبير Lambert الى المذهب التقليدي في العرف، الذي يطلق عليه المفهوم او المذهب الروماني- الكنسي"، وهو نتيجة بحوث الشراح وفقهاء الكنيسة، والذين كان همهم الاول جعل القانون المكتوب المصدر الرئيس ان لم يكن الوحيد للقانون. لذلك يرى الاستاذ لامبير انهم قدموا مفهوماً عن العرف من شأنه ان "يؤدي عملياً بهذه الطريقة إلى تكوين القانون (العرفي)، والى دور لا يعني شيئاً تقريباً". لذلك فهو يأسف ان يرى العميد جني يؤيد هذا المذهب ويحاول اعطاءه الحيوية، رغم انه ليس من انصار عبادة القانون المكتوب. والسبب في ذلك يرجع، وفقاً للاستاذ لامبير، الى ان العميد جني عند تحجيمه دور القانون المكتوب اراد "توسيع مجال البحث العلمي الحر ومن ثم اعطاء مكانة للقانون الطبيعي" الذي هو من دعاته والمؤمنين به[(١)].

لذلك فقد تصدى للمذهب التقليدي بصورة عامة، ولمذهب العميد جني بصورة خاصة، بعدد من الحجج المنطقية.

يرى الاستاذ لامبير ان العيب الاساس للنظرية التقليدية للعرف ولمذهب جني، الذي اعاد لها نظارتها، يكمن في شطر فكرة العرف الى عنصرين، ويسأل: ما هو هذا العنصر النفسي (الشعور القانوني) الذي هو احد عنصري القاعدة العرفية؟ هل هو ايمان بوجود قاعدة قانونية معينة ام هو فعل ارادة؟ وبتعبير آخر: هل الافراد ينظمون تصرفهم وفقاً لقاعدة عرفية لانهم يعتقدون بأنها من القانون الوضعي ام انهم يقررون بحرية انها يجب ان تكون من القانون الوضعي؟

فإذا سلمنا بأن القاعدة العرفية مدينة بوجودها الى اعتقاد عند عموم الافراد فإن "فرضية ادراكها الغريزي... من قبل من تهمهم هي في تناقض صارخ مع الفكرة المسلم بها عالمياً... وهي ان العيب الاساس للعرف والسبب الاساس لدونيته بالنسبة للتشريع يكمن في الشك بحلوله وصعوبة اقرارها"[(٢)].

وبتعبير آخر، فإنه من الصعب تحديد وجود ومضمون قاعدة عرفية حول نقطة معينة، وفي لحظة معينة، وفي وسط معين، اذا كنا بصدد قاعدة هي بالتعريف وبالفرضية، ان الجميع متفق عليها؟ فالتاريخ يعلمنا ان اثبات وجود العرف (القاعدة العرفية) كان دائماً صعباً، فهو اذن محل اعتراض، ووجود مثل هذه الاعتراضات يثبت ان القاعدة العرفية لم تقبل بشكل عام كقاعدة قانونية سابقة النفاذ"[(٣)].

---

(١) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص٢٧٤.

(٢) ونلاحظ، من جانبنا، انه لكي تولد القاعدة العرفية يجب ان يكون هناك سلوك يفرضه الاعتقاد بأنه سلوك ملزم بسبب وجود قاعدة قانونية. الا ان هذه القاعدة لا تولد الا كنتيجة لهذا السلوك. وعليه لكي يكون هناك سلوك ملزم فلابد من وجود قاعدة قانونية (عرفية)، الا ان هذه القاعدة لكي توجد فلابد من سلوك ملزم تكون نتيجته هذه القاعدة القانونية. فالسلوك الملزم يفترض، اذن، القاعدة القانونية العرفية، لكن القاعدة العرفية لكي توجد تفترض بدورها وجود السلوك الملزم: هي حلقة مفرغة.

(٣) ونود ان نقول انه ليس من اليسير ان نحدد بالضبط متى توجد القاعدة العرفية. فتحديد القاعدة العرفية يعود الى شعور الافراد بأن هناك الزاماً باتباع سلوك او تصرف معين. لكن هل من المستطاع تثبيت هذا الشعور من الناحية الكمية والزمنية لكي نستطيع القول بولادة قاعدة عرفية؟ ولنفرض اننا استطعنا ان نحدد بدقة وجود قاعدة قانونية عرفية، عندها تثار الصعوبة التالية: كيف نحدد بصورة دقيقة مضمون هذه القاعدة؟ فالقاعدة القانونية تحتاج، في الحقيقة، الى ان يحدد مضمونها، لكي تطبق، فلمن يعود امر هذا التحديد؟

اما اذا قلنا بأن القاعدة العرفية قد أريدت بحرية واقتنع بها الافراد، ومن ضمنهم من لم تكن القاعدة في صالحهم، فإن الاستاذ لامبير يقول انه من غير المعقول ان يخضع الاشخاص بارادتهم وبدون ارغام اجتماعي، لقواعد ليست في صالحهم.

"ان صراع المصالح الحاد الذي يحدث في ايامنا بين مختلف اصناف اعضاء المجتمع، يقول الاستاذ لامبير، وبين ارباب العمل والعمال، مثلاً، بين الدائنين والمدينيين، بين العوائل الشرعية والاولاد الطبيعيين لاحد اعضائها، لا يهدأ من ذاته بافعال تضحية متقابلة وبسلسلة من التنازلات المتقابلة. فلابد من تدخل سلطة... (و) هذا القبول الاجماعي لمبدأ قانوني من قبل كل الاشخاص الذين يخضعون لتطبيقه والذي يُدعى انه مصدر العرف، لا يمكن ان نجده ابداً في مجتمعاتنا المعاصرة".

ولم يكن الحال بأفضل في المجتمعات القديمة، فصراع المصالح لم يقل حدة والتنافس لم يقل شراسة عما هو عليه اليوم. لذا فإن الاجماع الحر، الارادي لقبول القاعدة العرفية، غير محتمل في الحقب والمجتمعات، وبالتالي لا وجود للعرف اذا تضمن هذا التسليم الاختياري للمعنيين وحتى لاولئك الذين تضر بهم القاعدة العرفية[1].

اما فيما يتعلق بالعنصر الثاني للقاعدة العرفية وهو العنصر المادي او الموضوعي أي الاتباع المتكرر بما فيه الكفاية (وغير المشكوك فيه) لسلوك معين، فإنه يتعرض لانتقادات لا تقل حدة عن تلك الموجهة للعنصر الاول للقاعدة العرفية. فالفترة الزمنية المطلوبة للسلوك لكي يكون الاساس او السند للقاعدة العرفية، حددت بصورة تحكمية من قبل العديد من الفقهاء، بحيث ان كل واحد يقترح فترة تختلف عما يقترحه الآخرون. نعم ان العميد جني كان اكثر حذراً في هذا المضمار حيث ترك تحديد الفترة الى المفسر أي الى القاضي لكي يقرر ذلك في كل قضية بذاتها. غير ان طبيعة الافعال المكونة لهذا السلوك تثير مسألة اساسية لم ينج موقف العميد جني منها، من انتقاد الاستاذ لامبير. فقد طُرح السؤال: هل يجب ان نأخذ بنظر الاعتبار الممارسات غير القضائية فقط، ام ان نعتبر ايضاً، ان لم يكن اساساً، القرارات القضائية؟

الا ان العميد جني يستبعد القرارات القضائية من مصادر القانون العرفي، وعلة ذلك تتأتى من "معاداته" المنهجية لاحكام القضاء، فهو لم يكتف بالامتناع عن ان يجعل منها مصدراً من مصادر العرف، بل استبعدها من مصادر القانون وانزلها الى مستوى الفقه، بمعنى انه يرى فيها مصدراً غير مباشر للقانون. الا ان تأثير احكام القضاء، يلاحظ الاستاذ لامبير، في السلوك او الممارسات هو بدون منازع اقوى بكثير من تأثير الفقه. فمن غير الصحيح ان نضع في نفس المستوى الفقه واحكام القضاء، لان لهذه الاخيرة تأثيراً في تطوير القانون وحتى في الممارسات غير القضائية، وهو ما لا يملكه الفقه.

ويرى الاستاذ لامبير ان السبب الحقيقي الذي يفسر موقف العميد جني من القضاء واحكامه، باعتباره مصدراً حقيقياً للعرف، هو اعتماده الثنائية في العناصر المكونة للقاعدة العرفية: المسلك

---

(١) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص ٢٧٥.

والشعور القانوني.

واذا كان من الممكن التسليم بأن المسلك يمكن ان يتحقق بتكرار السوابق القضائية، فإن الشعور القانوني (العنصر النفسي للقاعدة العرفية) لا يمكن ان يكون الا من عموم الافراد أي الشعب. وعند ذاك سيكون هناك انفصام بين عنصري القاعدة العرفية التي سوف لن تكون من عمل فاعل واحد. وهذا ما اخاف العميد جني، "فالتسليم، يقول الاستاذ لامبير، بحلول ممارسة المحاكم محل الافراد معناه خلق عيب تام في التوافق بين عنصري العرف: بين العنصر النفسي الذي هو دائماً من نصيب النشاط الشعبي او نشاط (الافراد) المعنيين، والعنصر المادي الذي يتأتى غالباً من نشاط القضاة"[1].

وبعد ان وجه الاستاذ لامبير انتقاداته الى مذهب العميد جني، مبيناً خطأ هذا المذهب (وبالتالي خطأ المفهوم التقليدي للعرف) طرح مفهومه عن اصل القاعدة العرفية.

ثانياً. أصل القاعدة العرفية

١١٦. مذهب لامبير

ان العرف، بالنسبة للاستاذ لامبير، يعود الى احكام القضاء الثابتة وبالتالي فإن المسلك الشعبي ليس له أي نصيب في تكوينه. وكما يقول الالمان، فإننا سنكون امام "قانون قانونيين" وليس "قانون شعبي" كما يريد مذهب العميد جني ومن قبله المفهوم التقليدي للعرف.

هذا يعني ان القاعدة العرفية لا تتكون، بصورة عامة، من السلوك الشعبي، بل من احكام القضاة. فتكرار السوابق القضائية ادت الى نشأة القاعدة القانونية العرفية حين اصبح الجمهور، بقيادة رجال القانون، قادراً على التجريد الضروري لان يستخلص من عدة احكام المبدأ القانوني المشترك الذي يلهمها تاركين جانباً الظروف الطارئة الفعلية التي يمكن ان تنوع الحالات المعروضة على القضاء[2].

ويدعم الاستاذ لامبير اطروحته هذه بعرض تأريخي مذهل لانظمة قانونية تنوعت عبر الزمان والمكان.

فتأريخ المجتمعات البدائية يثبت، وفقاً للاستاذ لامبير، ان القواعد العرفية تجد اصلها في الاحكام القضائية، ففي الاصل كان كل فرد يدافع عن مصالحه بالقوة. وفي مرحلة لاحقة ظهرت القرارات القضائية او قرارات التحكيم. وسلطة القاضي او الحكم كانت تستمد من صفته الكهنوتية او من اعتباره ساحراً. فالقاضي هو نوع من العرافين او ذو حكم الهي يعطى، بمناسبة النزاعات المعروضة، تعبيراً عن القانون الذي اوحى به الله او قوة ما فوق الطبيعة على الاقل. فهو، ان شئنا، المترجم للارادة الالهية. فعندما تصدر عدة احكام، ذات الاصل الديني، باتجاه معين فالسلطة التي تلازم السوابق، والتي تتعلق في البدء بالحالات الملموسة التي حسمها القاضي او

(١) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص ٢٧٦-٢٧٧.

(٢) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص ٢٨٢.

... في آخر الأمر، بمجهود تجريدي من هذه السوابق المتوافقة فيما بينها، وعندها تنشأ القاعدة القانونية العرفية. وعليه، يقول الاستاذ لامبير "في كل مكان نشأت الاعراف الاولى من تكرار السوابق القضائية"[١].

وفكرة ان العرف ذو اصل قضائي، يجد الاستاذ لامبير، دليلاً لها، عند قدماء الاغريق والمصريين، حيث يجد العرف اصله في احكام القضاء. وما قيل عن تشريعات في بلاد الاغريق فهي ليست الا مدونات لاحكام القضاء، وكذلك الحال في مصر، حيث ان المدونات البدائية ليست الا قواعد عرفية ولدت عن احكام قضائية ذات طابع كهنوتي.

وحين يعرج الاستاذ لامبير على الشريعة الاسلامية، فهو يقف عند "الاجماع" الذي يعتبر المصدر المهيمن للقانون ويقول ان ذلك مع هذا لا يؤيد مذهب العميد جني حول اساس العرف والمذهب التقليدي (الروماني ـ الكنسي)، ويعطي لذلك التفسير الآتي:

في اصل كل قاعدة عرفية للاجماع كان هناك نزاع بين اتجاهات مختلفة ولم يكن هناك، اذن، بصددها اجماع. الا ان هذا النزاع انتهى بانتصار وجهة نظر الاغلبية. وقد تم تجاوز معارضة المخالفين بفضل ما نقله الصحابة عن الرسول من تقاليد، وفي حالة افتقاد ذلك فبفضل رأي الفقهاء المشهورين.

بناءً عليه فإن الموافقة الجماعية التي هي اساس القوة القانونية للاجماع لا ترجع الى الموافقة الشعبية، بل الى اجماع العلماء. وهذا ما يخالف "العرف الشعبي" الذي يدعيه المذهب التقليدي الروماني ـ الكنسي.

وبالنسبة للشريعة الرومانية فإن العرف، يقول الاستاذ لامبير، حكم دوماً لفترة طويلة وان قانون الالواح الاثني عشر ليس نصاً تشريعياً بالمعنى الحديث، بل نصاً عرفياً. فالقانون كان اولاً قضائياً ودينياً. ويخلص الى القول ان "العرف كما يصفه.. جني (أي العرف الشعبي وليس القضائي) لم يكن ابداً في أي فترة من التاريخ الروماني، الطريقة الاساسية لإقامة القانون"[٢].

١١٧ . تقدير

وامام هذا النقد لمذهب العميد جني، فإن هذا الفقيه لم يقدم غير "سبعة اسطر" كجواب عن سبعمائة صفحة تتعلق بالاستاذ لامبير، كما ان الاستاذ بلانيول تبنى منذ العام ١٨٩٩ مفهوماً عن العرف جد قريب من المفهوم الذي قدمه الاستاذ لامبير، وهو ان القواعد العرفية هي في الحقيقة ذات اصل قضائي، بحيث يمكن القول ان العرف يمتزج مع احكام القضاء الثابتة[٣].

إلا ان الاستاذ فالين يرى انه لا يمكن ادراك احكام القضاء دون ان تكون هناك قوة ملزمة للقرارات القضائية وان هذه القرارات تجد اصلها المباشر وغير المباشر في عرف تكون من السلوك والشعور القانوني. ومثل هذه القاعدة العرفية لا احد يمكن ان يجد لها اصلاً قضائياً، لانها الشرط

---

(١) فالين، المذهب الفردي والقانون، ص ٢٧٩.

(٢) فالين، المذهب الفردي والقانون، ص٢٨٠ـ٢٨١.

(٣) فالين، المذهب الفردي والقانون، ص٢٨٤.

المسبق لوجود احكام القضاء[1].

ونلاحظ ان القوة الملزمة لاحكام القضاء اساسها الاعتقاد المستمر من قبل الافراد (المعنيين) بذلك، وهو مجرد ايمان في كل المجتمعات بدائية كانت او متطورة، بضرورة احترام احكام القضاء، لانه يمثل بشكل او بآخر، سلطة، وهي في آخر الامر سلطة الدولة. فاحترام السلطة وطاعتها وبالتالي شرعيتها، تكون الاساس لاحترام احكام القضاء وليس لان العرف كان في اساس احكام القضاء. فاحكام القضاء تستمد قوتها من ذاتها، ان صح التعبير، وليس من العرف او من قاعدة عرفية. وقد توجد، ربما، مثل هذه القاعدة، الا ان ذلك لا يبرر تعميم مثل هذا التعليل والقول بصحة المفهوم التقليدي ومذهب جني للعرف.

ولكن السؤال الذي يمكن ان يطرح هو: هل يمكن ان نجد في اجراءات تكوين الاحكام القضائية نفس العناصر المكونة للعرف وعندها ستدخل احكام القضاء ضمن العرف بحيث تصبح صيغة من صيغه، ومن ثم سوف لا يجد العرف اصله في احكام القضاء، بل ان هذه الاخيرة تجد اساسها في العرف بالمعنى التقليدي او الذي حدده العميد جني؟ واذا كانت هذه الفرضية مقبولة، فيتوجب عندها ان نثبت انه في الحكم القضائي يتوافر عنصرا القاعدة العرفية: المسلك و"الشعور القانوني" بمعنى انه سيكون للعرف القضائي اساس شعبي وفردي في ذات الوقت[2].

ففي مواجهة مشكلة جديدة تحتاج الى تفسير القانون، او تطبيقه على حالة لم تكن متوقعة، كيف ستتصرف المحاكم؟ يمكن تصور رد الفعل التلقائي للمحاكم امام هذه المشكلة، يقول الاستاذ فالين، بأنه اجماعي وانها تحسم المشكلة في ذات الوقت وبدون تردد، لانها تعتقد ان ذلك هو الحل الوحيد الصحيح من الناحية القانونية. لكن كيف نفسر هذا الاجماع؟ فاما ان الحل الذي اختارته المحاكم يفرض كأمر بديهي، واما ان الحل الذي تبنته يتوافق مع الاتجاهات الاجماعية للوسط الاجتماعي الذي فيه القضاة، وعندها سيكون عملهم مجرد تعبير عن قاعدة عرفية سابقة الوجود.

وهذا يعني ان القرارات القضائية ستُظهر عندها العرف، وربما امدته بالعنصر المادي (المسلك)، اما العنصر النفسي (الشعور القانوني) فهو سابق الوجود يقول الاستاذ فالين. لكنه يستدرك فيقول: "...يجب ان نعترف ان ظاهرة الانتاج التلقائي لقضاء اجماعي... والتفتح المتعاصر للحلول القضائية المتوافقة جد نادر. فحكم القضاء، في عموم الحالات لا يصبح ثابتاً الا عبر الزمان ولا يستقر الا بتكرار الاحكام المتوافقة"[3].

واذا تحقق التسليم باحكام المحكمة العليا فإن مجموعة القرارات القضائية التي ستأخذ نفس الاتجاه، ستكون العنصر المادي (المسلك) للعرف، لكن عندها هل يتوافر العنصر الثاني للعرف، وهو العنصر النفسي او الفكري، الشعور القانوني؟ واذا كان الامر كذلك فمعنى ذلك ان انضمام المحاكم الى رأي المحكمة العليا هو نتيجة اعتقادهم ان هذا الرأي او الحل "يفرض قانوناً". لكن

---

(١) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص٢٩٢.

(٢) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص٢٩٧-٢٩٨.

(٣) فالين: المذهب الفردي والقانون، ص٢٩٩.

هل هذا هو الواقع، او بعبارة اخرى ما هي بواعث انضمام المحاكم الدنيا الى حكم او احكام المحكمة العليا. واحد من اثنين: اما ان التنظيم القضائي للدولة يفرض (قانوناً) التزام المحاكم الدنيا بتوافق قراراتها مع مذهب المحكمة العليا، واما ان تترك الحرية لها في اتخاذ ما تراه مناسباً من قرارات.

ففي الحالة الاولى، يكون توافق احكام المحاكم الدنيا اتجاه المحكمة العليا مفروضاً بالقانون، وفي هذه الحالة، يقول الاستاذ فالين، فإن العنصر النفسي قد تحقق، لان توافق قراراتهم مع مذهب المحكمة العليا هو نتيجة لشعورهم بأن ذلك "ضروري قانوناً".

وهذا ما لا نعتقده من جانبنا، فالتوافق فرضه القانون دون ان يلتفت الى شعور قضاة المحاكم الدنيا، كما ان هؤلاء ينفذونه، لان القانون فرضه عليهم وهم يطبقون القانون، لا اكثر ولا اقل.

اما في الحالة الثانية (وهي الغالبة في اكثر الدول) فإن قرارات المحكمة العليا لا تفرض قانوناً على المحاكم الدنيا، واذا تمشت قرارات هذه المحاكم مع مذهب المحكمة العليا، فما هو السبب في ذلك، بمعنى ما هي بواعث هذا الانصياع الى قرارات المحكمة العليا؟

قد يكون السبب هو حيثيات قرار المحكمة العليا التي تقنع قاضي المحكمة الدنيا. لكن الاستاذ فالين يعترف بأن قرار المحكمة العليا في هذه الحالة شبيه بالعمل الفقهي، فهو يؤثر في القاضي ويحدد قناعته باعتبار ان القاعدة القانونية هي في هذا الاتجاه، وفي هذه الحيثيات لا يمكن ان نجد مصدراً للقاعدة القانونية. وقد يكون السبب، في اغلب الحالات، هو عدم جدوى المعارضة، لان قاضي المحكمة الدنيا يعرف جيداً ان الكلمة الاخيرة ستكون لقرار المحكمة العليا بسبب طرق الطعن واصرارها في الغالب على الاتجاه الذي ذهبت اليه.

وقد يكون الباعث ان المحاكم الدنيا لا ترغب في نقض قراراتها لاسباب تتعلق باحترام الذات او الحفاظ على سيرة قضائية لا تشوبها كثرة النقض مما يؤثر في تقدم القاضي. فكل هذه الاسباب مجتمعة تفسر خضوع المحاكم الدنيا لقضاء المحكمة العليا. لكن هل نجد فيها "الشعور القانوني"، العنصر النفسي للعرف؟ كلا: يجيب الاستاذ فالين. لان "القاضي لا ينضم الى رأي المحكمة العليا لأنه يعتقد بأن هناك التزاماً قانونياً... وبالاخص فإنه من الممكن ان يكون غير مقتنع اطلاقاً بأن مذهب هذه المحكمة... هو الاحسن، فهو يتبناه لاسباب عملية... ولاعتقاده بأن المحكمة العليا لا تغير قضاءها، لكنه لا يتصرف تحت تأثير القناعة بأن هناك ضرورة قانونية"(1).

وعليه يمكن القول ان قضاء المحاكم الدنيا يمكن ان يكوّن العنصر المادي للعرف (تكرار السوابق)، اما الشعور القانوني، العنصر النفسي، فلا وجود له.

اما بالنسبة لاحكام المحكمة العليا، فالمسألة التي تطرح هي مسألة عدم رجوع المحكمة العليا عن احكامها في اغلب الاحيان. وسبب ذلك يعود، كما يرى الاستاذ فالين، الى ان المحكمة العليا لا تغير قضاءها حول نقطة قانونية محددة "لانها تعتقد ان هذا القضاء هو الوحيد الصحيح من الناحية القانونية. ونستطيع اذن، الكلام عن الشعور القانوني، فالشعور بالضرورة الذي يفرض

---

(1) انظر: فالين: المذهب الفردي والقانون، ص٢٩٩، ٣٠١.

على قضاة المحكمة العليا، هو ليس بالضرورة باتباع قضائها بصورة عامة بل هو في الضرورة لحسم نقطة معينة، باتجاه معين لان... هذا الحل ظهر لها بأنه الوحيد الصحيح... وسنجد اذن في احكام المحكمة العليا، بخلاف احكام المحاكم الدنيا، الشعور القانوني، العنصر الفكري (النفسي) للعرف"[١].

ونعتقد ان هذا التبرير لا يصمد امام التحليل الدقيق، اذ انه يحمّل الامور اكثر مما تحتمل، كما انه يخالف منطلقات او اسس المذهب التقليدي (ومذهب جني) للعرف من حيث توافر عنصريه. فلكي تولد القاعدة العرفية يجب ان يكون هناك مسلكاً يفرضه الاعتقاد بأنه ملزم لوجود قاعدة قانونية. بناءً عليه فلابد من مسلك متكرر يفرضه اعتقاد بوجود قاعدة قانونية، فاين، اذن، هذه القاعدة القانونية التي تلزم مسلك اعضاء المحكمة العليا باتجاه معين؟ ان رأي الاستاذ فالين يتضمن ان من مسلكهم تنشأ القاعدة، في حين ان المفهوم التقليدي للعرف يفترض ان المسلك الملزم تفرضه القاعدة السابقة الوجود ان صح التعبير.

هذا من جهة ومن جهة ثانية اين هذا المسلك المتكرر، أي هذه المدة التي يجب ان تنقضي، بمعنى اين هذا العنصر المادي في قرار المحكمة العليا ليكون قاعدة عرفية؟ هذا يعني ان السابقة الواحدة لا تخلق عرفاً من الناحية القانونية. وقد ادرك الاستاذ فالين هذه العقبة، فقال ان قضاء المحكمة العليا يكون قد تكون بقرار واحد وهذا ما يسمى بالقرار المبدأي (Arrêt De Principe). الا ان هذا القرار لا يستجيب لتعريف العرف لافتقاد العنصر المادي: تكرار السوابق. اضف الى هذا ان هذا القرار لا يدخل ضمن النظام القانوني للدولة، بل يكون ضمن فئة اجتماعية محددة مكونة من اعضاء المحكمة العليا. وقد يفسره اهل القانون بأنه قاعدة قانونية، لكن في الحقيقة انها قاعدة لا قيمة لها الا داخل المحكمة العليا. وحيث ان من المعروف ان المحكمة العليا ستصدر ذات الحكم، في حالة اخرى، فمن الناحية العملية اعتبر كأنه قاعدة تصح في كل الدولة، بينما صحتها تقتصر على داخل المحكمة العليا.

وهكذا، وباعتراف الاستاذ فالين، فإن "القضاء يفتقد سواء أكان قضاء المحاكم الدنيا ام قضاء المحكمة العليا احد عنصري العرف... فيفتقد العنصر النفسي للعرف بالنسبة لقضاء المحاكم الدنيا (و) العنصر المادي، بالنسبة للمحاكم العليا"[٢].

ثالثاً- طبيعة القاعدة العرفية

١١٨ . طرح المشكلة

ان مشكلة العرف هي، في الحقيقة، مشكلة القانون الوضعي او بعبارة ادق مشكلة وضعية قاعدة السلوك. فالسؤال الذي يطرح في هذا المجال هو: من أين تستمد القاعدة "وضعيتها" أي من يمنحها هذه "الوضعية"؟ هل الدولة او بعبارة ادق السلطة (السياسية) ام المجتمع؟ بعبارة اخرى

---

(١) فالين: المذهب الفردي والقانون، ص٣٠١-٣٠٢.

(٢) فالين: المذهب الفردي والقانون، ص٣٠٢.

لمن تعود وضعية القانون او اين نجدها؛ في ارادة الدولة (السلطة) ام في ارادة الافراد اعضاء الفئة الاجتماعية؟

هل "القانون الوضعي" ينشأ بصورة ارادية ولا قانون غير القانون المدين بوجوده للسلطة، ام انه ينشأ بصورة تلقائية، في المجتمع وخارج سلطة الدولة بحيث لا يكون للسلطة أي تأثير في هذه النشأة او الوجود للقاعدة القانونية التي هي في الواقع قاعدة عرفية.

لكن ليس كل "القانون" ينشأ بصورة ارادية وان بعض القانون (القانون العرفي) ينشأ مستقلاً عن قانون الدولة وبجواره.

الا ان الواقع، مدعوماً بالمنطق، يقضي بوجود الربط بين النظام المجتمعي والقانون الوضعي، بمعنى ان مصدر القانون هو في السلطة المؤهلة التي تحدد تنظيم الفئة الاجتماعية وتوجيه اعضائها[1].

فما يهم في النظرية العامة للقانون، ليس مراحل تكون القواعد، التي تخص التأريخ وعلم الاجتماع، وانما الملامح المميزة للوضعية (القانونية).

"لكن، يقول الاستاذ دابا، ان القانون لا يوجد بصفة قاعدة ملزمة الا منذ الوقت الذي تكون الدولة، بوساطة هيئاتها المؤهلة، قد اقامته كقانون دولة بصورة صريحة او ضمنية... بصورة مباشرة او غير مباشرة"[2].

وهذا يعني ان القاعدة التي تنظم سلوك الافراد لا يمكن ان تكون ملزمة، قانونية، وضعية، مطاعة، الا بعد ان تنال "تعميد" السلطة وهيئاتها.

بناء عليه، فلأجل تحديد طبيعة القاعدة العرفية يتوجب تبيان العلاقة بينها وبين السلطة وهيئاتها، بمعنى كيف ان "القانون العرفي" و"القانون القضائي" ينشآن من السلطة، المؤهلة الوحيدة لاقامة القانون.

١١٩ . السلطة والقاعدة العرفية

ان العلاقة بين السلطة والقاعدة العرفية تتحدد في ان هذه القاعدة تجد اساسها وقوتها الملزمة في السلطة. فالسلطة، ان شئنا، هي التي تتحكم في نشأة او وجود القاعدة العرفية.

ولا شك ان هذه الاطروحة تجد تأكيدها الواضح في العرف الذي هو نتيجة لممارسات هيئات الدولة. وكما سبق ان قلنا ان "العرف الدستوري" يجد اساسه في طريقة ممارسة السلطة بشكل او بآخر، من قبل القابضين عليها. و"هذا القانون العرفي العام، يقول الاستاذ دابا، هو دائماً من عمل الدولة التي بوساطة هيئاتها تقيم لنفسها قاعدتها. فتوجد... حتى اعلى مستوى، حتى مستوى الدستور... تقاليد مغروسة بعمق حيث ان قوتها تساوي او تعلو على القانون"[3].

الا ان السؤال الذي يطرح هو بالنسبة للقواعد العرفية للقانون الخاص، اي، على مستوى

انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ط٢، ص٣١.

ابا: النظرية العامة للقانون، ص٣٤.

ابا: النظرية العامة للقانون، ص٣٨.

العلاقات بين اعضاء الفئة الاجتماعية: فما هي علاقة مثل هذه القواعد مع السلطة؟

والجواب عن هذا السؤال هو انه: "مهما كان التعريف الذي نعطيه للعرف (القانوني)، وحتى اذا سلمنا مع المذهب التقليدي بأنه يوجد بمجرد فعل الشعب، بعيداً عن كل اسهام للسلطة، فلا يمكن ان ننكر ان العرف في المجتمع المنظم سياسياً لا يستطيع ان يفرض نفسه... اذا رفضت سلطات الدولة... ان تعترف له بقيمة قانونية لان "الشعور القانوني" للافراد المعنيين يجب ان يكرس فعلاً من قبل المحاكم ومن قبل هيئات الدولة المكلفة بتطبيق القانون"[1].

وبصدد "الشعور القانوني" يتساءل الاستاذ هيزر ما هو هذا "الاعتقاد الملزم"؟ لقد قيل انه "القناعة بوجود جزاء قانوني يميز ويصف العادة كعرف ملزم"، كما قيل ايضاً بأنه "الشعور عند المعنيين بأنهم يتصرفون وفق قاعدة غير مكتوبة تفرض عليهم كقاعدة قانونية موضوعية".

الا ان التفسير الاول، يقول الاستاذ هيزر، يعني ان الافراد يطيعون القاعدة العرفية لانهم يفترضون جزاءً لها، وفي التفسير الثاني فإن الافراد يطيعون القاعدة العرفية لانها تمتلك، كما يظهر لهم، صفات القاعدة القانونية. لكن في كلتا الحالتين الا نكون امام امر بدون شخص يطيعه؟

في الواقع ان القاعدة العرفية لا يمكن ان توجد بصورة تلقائية، اذ لابد من ان تكون وراءها هيئة او سلطة تقيمها. ولتأكيد هذه الحقيقة يستعرض الاستاذ هيزر النشأة التاريخية للعديد من القواعد العرفية ليخلص من هذه الامثلة الى ان القاعدة العرفية تولد من السلطة وان اقرار السلطة هو وحده القادر على تحويل عادة غير آمرة الى عرف ملزم[2].

والسلطة في المجتمعات المنظمة سياسياً تتمثل في الدولة وهيئاتها. وعليه فإن العرف لا يكون ملزماً وبالتالي قانونياً ما لم يكرس من قبل الدولة (السلطة) او بعبارة ادق من قبل هيئاتها المكلفة بتطبيق القانون.

لا شك ان "التلقائية" يمكن ان تكون عاملاً في تكوين القانون. الا ان هذا لا يعني ان القاعدة العرفية يمكن ان تكون الظاهرة القانونية النموذجية بحيث توجد بذاتها ولذاتها، أي انها لا تستمد قوتها الملزمة من اية هيئة اخرى. فهي تبقى دائماً "تابعة" في وجودها وفي قيمتها الملزمة، للسلطة بشكل او بآخر. واذا عدنا مرة اخرى الى تفحص العلاقات العرفية بين الافراد، وعلى هذا الصعيد (العرفي في القانون الخاص)، فإننا يمكن ان نقول مع الاستاذ باتيفول ان: "... في القانون الخاص الداخلي نقر التكوين التلقائي للقاعدة القانونية منذ ان تبلغ فئة تماسكاً كافياً لكي توجد حياة جماعية ناجعة: كأن يكون المشروع، المهنة او ببساطة في ايامنا الملكية المشتركة للطوابق كشقق. لكن وضعية مثل هذه القواعد لا يمكن ان تؤكد الا بعد تدخل، تحت أي شكل كان، سلطة التي... لا يقبض عليها الا من قبل الدولة: وكل واحد يعرف ان تدخلها لا يظهر باستمرار... لكي تصادق على ما تصورته المبادرات الخاصة"[3].

---

[1] ... النظرية العامة للقانون، ص٣٩.

[2] ... المجتمعات البدائية، كان العرف غالباً هو القاعدة التي ارادها الاجداد او الآلهات. وفي الغرب كان العرف يسود تقريباً وحده منذ سقوط ...طورية شارلمان حتى القرن الحادي عشر، وكان القضاة يطبقون العرف لاعتقادهم بأنه التشريع. ويتساءل الاستاذ هيزر من اين يأتي "الشعور ...ي"؟ فالعرف لا يولد تلقائياً، وتأريخ كل عرف يوصلنا الى من اقامه. والامثلة التاريخية حاسمة حيث نرى فيها ولادة العرف من السلطة. (انظر: ... النظرية العامة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص١٧٤-١٧٨).

[3] ...ول: مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص٨١.

١٢٠. القضاء والقاعدة العرفية

يقول الفقيه الفرنسي بلانيول بأنه لا يعتقد مطلقاً بامكانية اقامة قواعد عرفية لها قوة ملزمة خارج احكام القضاء[١].

في الحقيقة ان القاضي ملزم بحسم النزاعات التي تعرض عليه وهو لا يقوم بذلك وفقاً لتقديراته الشخصية وانما وفقاً لقاعدة سابقة الوجود. وقد تكون هذه القاعدة، قاعدة عرفية. الا انه لكي يطبق القاضي القاعدة العرفية فإن عليه ان يعرفها وهي لا تعرف الا من وقت تطبيقها من القاضي. فالقاضي وان كان ملزماً بتطبيق القاعدة العرفية فهو ايضاً ملزم بتحديد مضمون هذه القاعدة حين يكون وجودها ومحملها محل شك. وحين يقوم القاضي بذلك فإنه من المستحيل عملياً رفض قراره او التشكيك به. وعليه فإن القاضي يخلق او يعدل العرف المكلف باكتشافه وتحديد معناه. وكما لاحظ الاستاذ ادوار لامبير، فإن موافقة الافراد الجماعية على قاعدة قانونية لا يمكن ان تكون تلقائية. فاختلاف مصالح الافراد يؤدي الى تبني مواقف متناقضة مع القاعدة القانونية التي تحكم علاقاتهم.

ولكي يمكن توحيد هذه المفاهيم المتناقضة للافراد مع القاعدة القانونية فإنه من الضروري ان تتدخل سلطة وهذه السلطة هي القضاء. ومهما كان موقف الافراد منها، مؤيدين لها ام معارضين، فسيكونون على يقين بأن هذه القاعدة تحددت بشكل ثابت.

نعم ان القضاء لا يخلق بشكل تحكمي القاعدة العرفية، فالقضاة يستوحون المفاهيم السائدة في الوسط الاجتماعي ويدركون الزمن الذي فيه يصدرون قراراتهم، لكنهم هم وحدهم يستطيعون اضفاء صفة القاعدة القانونية على ما كان قبل تدخلهم، مجرد عادات، بدون قيمة قانونية[٢].

والقضاء الذي اقيم من قبل الدولة سواء بالنسبة للمحاكم العادية ام الاستثنائية، أم محاكم الدرجة الدنيا او المحكمة العليا، يصدر احكامه باسم الدولة وبالتالي فإنه يساهم، بممارسته هذه الوظيفة، في سلطة الدولة.

ومهمة حسم النزاعات وتحقيق العدالة بين الخصوم، هي، في الدولة، مهمة ولا تقل اهمية عن تلك التي تقيم القواعد (القانونية).

"فما فائدة هذه القواعد، يقول الاستاذ دابا، التي وضعت بشكل مجرد، اذا لم توجد هيئات مكلفة بتطبيقها على القضايا؟ وليس لان المحاكم تحكم وفقاً للقانون يمكن اعتبار السلطة القضائية كسلطة قانونية بحتة، بعكس السلطتين الاخريتين، التشريعة والتنفيذية، اللتيان ستكونان... سلطات سياسية... وفي المحصلة، ورغم تنوع وظائف. التشريع، الحكومة والقضاء. فإن السلطات الثلاث الكلاسيكية تكون بمجموعها في الدولة... السلطة العامة حيث تنحدر منها القاعدة القانونية"[٣].

---

(١) ذكره، دابا: النظرية العامة للقانون، ص٢٩هامش٣.

(٢) انظر: فالين، المذهب الفردي والقانون، ص٢٨٢-٢٨٣.

(٣) ويضيف الاستاذ دابا قائلاً: ان هذا "التمييز وهمي، فالقانون الذي تطبقه المحاكم هو بالدرجة الاولى القانون الذي نص عليه الدستور، القوانين والانظمة. وها نحن اذن امام سلطات سياسية تمارس عملاً قانونياً، وهو عمل اكثر اهمية من حيث محمله من عمل القاضي... ثم ان القاضي بفعل ظاهرة تكرار السوابق، ينجر الى الاسهام في اقامة القانون، وبهذا الشكل يقوم بعمل سياسي". (انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ص٢٨٣٧).

نعم ان السلطة القضائية تخضع الى السلطة التشريعية او التنظيمية (مهما كانت اشكال ذلك في القانون المقارن) وبالتالي فإن ذلك يقيد من سلطاتها كمصدر للقانون ويجعل دورها، في هذا المجال، التوسط بين القاعدة العامة والحالة الخاصة المعروضة. إلا ان "هذا الخضوع يعني في ذات الوقت، اسهام السلطة القضائية في سلطة الدولة (و) الذي يبرر... وصف القانون الوضعي لقراراتها"[1].

١٢١. تبعية القاعدة العرفية

مما تقدم يظهر ان القاعدة العرفية لا وجود "قانوني" لها في ذاتها، فهي في هذا الوجود تابعة او تخضع لارادة الدولة او هيئاتها، وبالتالي فمن الصعب اعتبارها مصدراً من مصادر القانون.

ان "التطور المعاصر لنشاط الدولة، يقول الاستاذ باتيفول، برّز تدرجاً... حتمياً: فمن الوقت الذي تأخذ الدولة على عاتقها مهمة التشريع وتمتلك القوة لتحقيق احترام ارادتها، فإن مصدراً كالعرف لا وجود له الا بموافقتها الضمنية او الصريحة"[2]. ولكي يكون الامر غير ذلك فيجب ان تكون للقاعدة العرفية الاولوية على القاعدة القانونية المكتوبة في حالة تعارضهما. الا ان المسألة الاساسية هي فيما اذا كان باستطاعة المحاكم ان تكرس عرفاً مخالفاً لقانون نافذ.

و"حول هذه النقطة، يقول الاستاذ باتيفول، فإن الجواب بالاجماع عملياً هو بالنفي، وموقف المحاكم لا لبس فيه، وإلا سوف لا تكون هناك حاجة إلى الكلام عن قانون وضعي ووضعية القانون"[3].

ويضيف الاستاذ باتيفول قائلاً مبيناً أن "العرف تكون له الغلبة على القانون الوضعي حين تعتقد المحاكم انه الافضل، بتفسير منحاز للنصوص من اجل ان تعطيه الاولوية، لكن نحن ايضاً بصدد قرار سلطة الدولة، وبالتحديد قانون تم التداول بشأنه: فالحل سيكون قد تم تبنيه، بعد تقييم منافعة ومضاره، وليس لان العرف مقام. ومن الممكن... ان ثقل العرف قد اثر بذاته، رغم انه يجب الاعتراف للسلطة بمكنة ان تقرر فيما اذا كان هذا الثقل يكفي او اذا كان الصراع يفرض... واذا كان التفسير يستطيع بغرابة تغيير المعنى الظاهر للنصوص، فهو لا يعطي نفسه بصورة عامة السلطة لان يحولها الى لا شيء. وامام هذه التبعية الحتمية وبالاخص امام نص قاطع لا يدعو... الى التفسير، فإن النزاهة الفكرية والحصافة لا تسمح بالخيار"[4].

ولذلك، فإن القول بامكانية تحقيق اولوية القاعدة العرفية عن طريق "تفسير" القضاء لبعض القوانين التي يبدو العرف اكثر توفيقاً منها في ما تعالجه، يجب ان يأخذ بنظر الاعتبار ان القرار في ذلك يعود الى القضاء بفضل تقييم "عقلاني" على حد تعبير الاستاذ باتيفول. وعندها فإن هيئة من هيئات الدولة هي التي تحدد مصير القاعدة القانونية وبالتالي فإن المشكلة ترّد، في الحقيقة

(١) باتيفول: مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص١٢٣.
(٢) باتيفول: فلسفة القانون، المرجع السالف الذكر، ص٤٣.
(٣) باتيفول: مشاكل اساسية في القانون، ص٧٥.
(٤) باتيفول: مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص٧٦.

الى العلاقة بين القانون الوضعي والقضاء وليس الى العلاقة بين العرف والقانون الوضعي.

وقد يظهر ان العديد من "الحلول" في العديد من البلدان نشأت تلقائياً في ميدان القانون التجاري وقانون العمل وذلك قبل تدخل المشرع والقضاء. لكن قيمة هذه الحلول تبقى متوقفة على مدى مطابقتها للقانون الوضعي او المبادئ التي يتضمنها أي على احتمال تكريسها من قبل المشرع او القضاء وبالتالي فإن مصدرها هو الدولة او هيئاتها.

وقد يقال ايضاً ان التعارض بين القاعدة العرفية والقاعدة القانونية يمكن ان يحل عن طريق الاباحة الضمنية للقاعدة العرفية. لكن من يقرر ذلك؟ السلطة في الواقع، هي التي تقرر وبالتالي هي التي تتحكم في "وجود" القاعدة العرفية. فعندما تشرع الدولة، التي تمتلك القوة اللازمة لضمان احترام ارادتها، فلا وجود للعرف، عندها، الا بموافقتها الضمنية او الصريحة كما لاحظ الاستاذ باتيفول.

والقضاء لا يمكن ان يكون عوناً للقاعدة العرفية عن طريق وضع حد لخروق هذه القاعدة كما يعتقد انصار العرف. فيمكن ان نسوق العديد من الامثلة على ممارسات او عادات ثابتة منذ زمن اعتبرتها المحاكم غير مشروعة حين عرضت عليها.

ودور القضاء واضح ومهم في تقدير القاعدة العرفية. فانطلاقاً من تفسيره للقانون يعلن مشروعية او عدم مشروعية القاعدة العرفية. وهذا يعني ان القضاء هو الذي يقدر "معقولية" وفائدة و "عدالة" القاعدة العرفية، وبالتالي مدى تمشيها مع القانون "الوضعي". و"الاعتراف" بالقاعدة العرفية في كل هذا، لا يكون لانها قاعدة عرفية، حيث يكن ادانتها دائماً، وانما لتقييمها "العقلاني" من قبل هيئة من هيئات الدولة. فالقاعدة العرفية لا تضمن الا حين تتمشى مع قانون الدولة او مع المبادئ التي يتضمنها. ان الوهم الذي يقع فيه، في الحقيقة، انصار العرف، مصدره اعتقادهم بأن القاعدة العرفية حين تكرس من قبل المشرع او القضاء، فإن هذا التكريس يكون قد انصب على "قاعدة قانونية" سابقة الوجود على هذا التكريس. ولكن فاتهم انه في حالة رفضها من قبل هذه الهيئات فإنها ستعتبر وكأنها لم تملك فيما مضى اية قيمة. ويلاحظ الاستاذ باتيفول ان "بين العديد من العادات التي تنشأ على هامش القوانين واحكام القضاء فإن نسبة كبيرة منها، اذا ما عرضت على المحاكم يمكن ان نتوقع... عدم منحها اية قيمة لانها مخالفة لحلول او مبادئ ثابتة. في الواقع، وخاصة في مجال القانون المدني، ان العادات تظهر وتوحي بحلول ممكنة او محتملة (لكن) من الصعب ان نذهب الى اكثر من ذلك اذا اردنا ان نعطي معنى لكلمة الوضعية"(١).

وقد يكون للعرف في المجتمعات البدائية دور الصدارة، الا ان "التعقيدات الحديثة للعلاقات الاجتماعية وسرعة تطورها دعت الدولة الى التدخل المتزايد لإقامة القانون. وهذا التدخل ينفي بالذات وجود العرف كمصدر للقانون في المجتمع المعاصر"، يضيف الاستاذ باتيفول(٢).

---

(١) باتيفول: فلسفة القانون، ص٤٣.

(٢) باتيفول: فلسفة القانون، ص٤١.

٤. القاعـدة الاخلاقيـة

١٢٢ . طرح المشكلة

ان استقراء حياة المجتمعات قديماً وحديثاً ينبئنا بوجود قواعد اجتماعية، غير القواعد القانونية، تنظم ايضاً سلوك الافراد. وفي طليعة هذه القواعد تقف القواعد الاخلاقية. ولا ندخل هنا في تفاصيل طبيعة القاعدة الاخلاقية والمجال الذي تغطيه والاساس الذي تقوم عليه. فالذي يهمنا معرفته منها هو الجانب التنظيمي للسلوك البشري وبالتالي الامر الذي تتضمنه. فالقاعدة الاخلاقية تمنع، من دون شك، القتل والسرقة وايذاء الغير، وهي اعمال تحرمها كذلك القاعدة القانونية. فهل القاعدة الاخلاقية، لهذا السبب، هي قاعدة قانونية؟ فالقاعدة الاخلاقية تفرض "واجباً" وهو "واجب" اجتماعي، بمعنى انه يتعلق بالسيرة الاجتماعية للفرد، فتأمر الفرد بالامتناع عن القيام ببعض الاعمال كما تفرض عليه القيام باعمال معينة. وكذلك تفعل القاعدة القانونية.

والقاعدة الاخلاقية تقضي باحترام الغير في حياته وماله وشرفه، وكذلك تفعل القاعدة القانونية. فكل اعتداء على شخصية الانسان يمنعه القانون وتمنعه الاخلاق ايضاً. فما الفرق بينهما اذن، وما العلاقة بينهما ايضاً؟ هذا ما يجب الوقوف عنده الآن.

أولاً. محاولات التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية

١٢٣ . نظرية موضوع القاعدة

ان موضوع القاعدة هو الاساس الذي تقوم عليه هذه النظرية في التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية.

فموضوع القاعدة القانونية هو تصرفات او اعمال الافراد، اما موضوع القاعدة الاخلاقية فهو نية او قصد الافراد. وهذه النظرية تجد اساسها عند انصار مدرسة قانون الطبيعة والشعوب. فقد ميز توماسيوس، كما رأينا[1] ، بين القانون والاخلاق، فقال ان القاعدة القانونية تحكم نشاط الفرد الخارجي، بينما تهتم القاعدة الاخلاقية بضمير الفرد.

ويعاب على هذه النظرية انها تدرك جانباً من الحقيقة وليس كل الحقيقة. فالقاعدة الاخلاقية تهتم ايضاً بتصرف الفرد ولا تقتصر على الاهتمام بنيته. فالالزام الاخلاقي يمكن ان يترجم باعمال مادية او خارجية كتلك التي يقوم بها فرد للتخفيف من ضائقة فرد آخر او تقديم المساعدة الفعلية له. وعلماء الاخلاق يدركون تماماً ان النية او القصد يمكن ان تترجم باعمال او تصرفات خارجية تبقى في نطاق الاخلاق. ان "الاخلاق، يقول العميد ريبير، تميز هي ايضاً بين التصرف والنية، واذا كان التقيد بها يجعل الانسان افضل، فإن النتيجة المباشرة لهذا التحسن هي تأمين

---

(١) انظر: اعلاه، بند ٤٤.

افضل نظاماً اجتماعياً"[1].

اما اهتمام القاعدة القانونية بالنية او القصد فهو اكثر وضوحاً، لان "النظام القانوني الذي لا يأخذ بنظر الاعتبار النيات، يقول الاستاذ باتيفول، هو ليس فقط نظاماً "بربرياً"، بل ايضاً غير صالح للتطبيق... فخراب النظام القانوني سيكون بالسماح لان تغطي مظاهر كاذبة نيات غير مشروعة"[2].

وبصدد ضعف هذه النظرية يقول الاستاذ هيزر: اننا لسنا بحاجة للرجوع الى القانون الروماني ولا الى القانون في العصر الوسيط ولا الى القوانين التي صدرت في ظل الثورة الفرنسية، لاثبات اهتمام القانون بنية الفرد، وانما يكفي الرجوع الى العديد من المواد في قانون العقوبات والقانون المدني للتدليل على اهمية القصد بالنسبة للقانون[3].

ويجمل العميد ريبير الرأي في هذا الصدد فيقول: "اذا كان القانون يهتم بالافعال، فهو لا يهمل الاهتمام بالنيات، وانه لانفراق عجيب القول ان مهمته هي حماية الاجسام وليس الارواح، فاذا اهمل تحسين اخلاق الفرد لم يعد يقوم بدوره في المجتمع"[4].

ولا شك ان نية من يقوم بعمل قانوني تؤثر على صحة او اثر هذا العمل. ويكفي ان نسوق كدليل قاطع على ذلك، الانحراف في استعمال السلطة في القانون العام والتعسف في استعمال الحق في القانون الخاص.

١٢٤ . نظرية هدف القاعدة

ان معيار التفرقة يكمن، بالنسبة لهذه النظرية، في الهدف الذي تبغيه القاعدة: فالقاعدة القانونية ذات هدف اجتماعي، بينما القاعدة الاخلاقية ذات هدف فردي. فما يهدف اليه القانون هو تحقيق النظام في المجتمع، بينما تهدف الاخلاق الى تحقيق كمال الشخص الانساني. فعندما تكرس القاعدة القانونية مبدأ اخلاقياً فليس لانه كذلك، بل لان الاخذ بهذا المبدأ من شأنه ان يعود بالخير على المجتمع. فبالنسبة للاعمال او التصرفات البشرية، فإن القاعدة القانونية تهتم بتلك التي تمس وجود وخير المجتمع، أي تأخذ بنظر الاعتبار اعمال الفرد من حيث العلاقات التي تقيمها مع الاخرين من اعضاء المجتمع. ولما كانت الاخلاق تهتم بالفرد كفرد وليس كعضو في المجتمع، لذلك فإن القاعدة الاخلاقية ستهتم بالتصرفات البشرية التي من شأنها ان ترفع او تحط من شأن الفرد كانسان فقط.

وعيب هذه النظرية انها تقوم على فكرة امكانية فصل الفرد عن المجتمع وفصل المجتمع عن الفرد. ولكن لا يمكن ادراك الفرد والمجتمع الواحد دون الاخر. وعليه فإن كل قاعدة سواء تبغي، في الظاهر، هدفاً فردياً او اجتماعياً، سيكون لها في ذات الوقت انعكاسات لا يمكن انكارها في الميدان

---

(١) ريبير: القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية، المرجع السالف الذكر، ص١٠.

(٢) باتيفول: فلسفة القانون، ص١٢٤.

(٣) انظر: هيزر، النظرية العامة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص١٠٢-١٠٤.

(٤) ريبير: القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية، ص١٠.

الاجتماعي او الفردي[1]. فكل قاعدة هي في ذات الوقت فردية واجتماعية وبالتالي يمكن اعتبارها قانونية او اخلاقية وفقاً للزاوية التي منها تواجه هذه القاعدة ووفقاً للنتائج التي يراد اخذها بنظر الاعتبار. لنأخذ على سبيل المثال قاعدة: "لا تقتل"، فهي قاعدة قانونية اذا اخذنا بنظر الاعتبار النتائج او الآثار التي ستحدثها جريمة القتل على المجتمع وعلى المجني عليه. وهي قاعدة اخلاقية ايضاً اذا نظرنا اليها من ناحية الفرد الفاعل وما يترتب على عمله من انحطاط او سقوط اخلاقي. فالعلاقات التي يأخذها القانون بنظر الاعتبار هي اعمال انسانية ولذلك فإنه لا يمكن ان يهمل الجانب الانساني وبالتالي الفردي للعلاقة محل الاعتبار، لأنه لو اخذ القانون هذه العلاقة بنظرة "موضوعية مجردة" فإنه سيفقد جوهره من انه قاعدة انسانية. فخير المجتمع، وكما يقال "الخير العام" هو خير انساني اولاً، وقبل كل شيء. والاخلاق حين تواجه الفرد، لا يمكنها ان تهمل "القيمة الاخلاقية" للعلاقات التي يدخل فيها مع الاخرين ولا تبخس اخلاصه للخير العام. لذلك لا يمكن اهمال "الارض المشتركة": فالانسان هو في المجتمع ولا مجتمع بدون انسان[2].

ثانياً - أساس التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية

١٢٥ - نبذة تاريخية

لقد بقيت العلاقة بين القانون و"الاخلاق" غير واضحة لفترة طويلة من تاريخ الانسانية. فقد كان هناك في حياة المجتمعات القديمة مزج بين القانون والاخلاق والدين. فصرامة العادات والالزام الديني كان يكفيان لتحقيق ما يصبو اليه القانون. وفي مثل هذه المرحلة التأريخية لم تكن هناك حاجة الى "قوانين" على حد تعبير جان جاك روسو. فالكذب والسرقة وحتى تغيير حدود ملكية ما، كان الضمير الاخلاقي يعتبرها خطيئة كبرى. فاستقامة النفس، السائدة حينذاك، تفترض وجود بناء اخلاقي اساسه الدين. لذا فإن حسن النية يجعل من غير اللازم اللجوء الى الشكليات القانونية المعقدة في ميدان العقود مثلاً. فقد نما القانون خلال فترة طويلة في رعاية الدين. ولا نستغرب اذا عرفنا ان رجال الدين في العصور الرومانية القديمة كانوا وحدهم يعرفون شكليات واجراءات الاعمال القانونية والدعاوى. ففي مرحلة معينة من تطور البشرية كان طابع القدسية والسرية يخيم على "القانون" وحتى على تدريسه عند بعض الشعوب. فالتداخل كان قوياً بين القانون والدين والاخلاق.

فعند الاغريق كان ينظر الى القواعد التي تضعها الدولة على انها قواعد اخلاقية غايتها تحقيق السعادة. الا ان "استقلال" القانون عن الاخلاق بدأ ينمو عند الرومان سيما بعد ان تأكدت الروح الفردية، فوعى الفقهاء الرومان التمييز بين القانون والاخلاق. ولعلنا نجد عند الفقيه بول خير شاهد على ذلك، فقد قال: "ما يسمح به القانون لا ينسجم دائماً مع الاخلاق".

---

(١) انظر: ديرو، المشاكل الكبرى للقانون، ص٦٥.

(٢) انظر: باتيفول، فلسفة القانون، ص١٢٥.

وادراك هذا التمييز بين القانون والاخلاق تراجع في العصر الوسيط الاوربي حيث عاد التداخل ثانية بينهما. فكان يجب انتظار القرن الثامن عشر وفلاسفته ليظهر التمييز بكامل ابعاده.

وكان توماسيوس في مقدمة من تصدى الى هذه المسألة عام ١٧١٣، فقال: ان الاخلاق تهتم بضمير الفرد، بينما يحكم القانون علاقة الفرد مع الغير، لذا فإن غاية الاخلاق "السلم الداخلي" وغاية القانون "السلم الخارجي"[(١)].

واذا كانت هذه هي معالم الطريق التي حددها توماسيوس، فإن دليل السير مازال غير واضح عند العديد من الفقهاء كما رأينا. فلابد، اذن، من وقفة لتحديد اساس التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية.

١٢٦ . مصدر القاعدة

في سبيل التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية يجب ان ننطلق من الملاحظة التالية: تتضمن القاعدة القانونية امراً وتتضمن القاعدة الاخلاقية امراً ايضاً، غير ان صفة هذا "الامر" تتحدد وفقاً لطبيعة صانعه. فالقاعدة، اية قاعدة، تتحدد صفتها او طبيعتها وفقاً لصفة واضع القاعدة أي وفق المصدر الذي تصدر عنه. والقاعدة القانونية، كالقاعدة الاخلاقية، لا يمكن ان تفلت من هذا التحديد. وتجد القاعدة الاخلاقية مصدرها وامرها في ضمير الفرد، بينما تجد القاعدة القانونية مصدرها وامرها خارج ضمير الفرد. وعليه فإن معيار التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية هو في مركز او مصدر البث، ان صح التعبير، لهذه القواعد.

فالقاعدة القانونية تجد مصدر بثها او امرها خارج الانسان او ضميره وتوجه اليه، بينما تجد القاعدة الاخلاقية مركز بث امرها في ضمير الانسان وفي داخله. فالقواعد القانونية توجهها من الخارج السلطة او السلطات الى الفرد في المجتمع، اما القواعد الاخلاقية فتأتي من "صوت الضمير".

فبينما تجد القاعدة القانونية مصدرها خارج الفرد الذي توجه اليه، نجد ان الامر الاخلاقي ينبع من ضمير الفرد. بناءً عليه فإن القاعدة القانونية تصدر عن سلطة خارجية بينما القاعدة الاخلاقية تصدر عن "سلطة" داخلية: ضمير الانسان.

"القانون، يقول الاستاذ دبيرو، يصدر عن سلطة خارجية (و) الاخلاق تصدر عن الضمير"[(٢)].

فالتمييز او الاختلاف بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية يجد اساسه اذن في ان منشئهما يجد مصدره في "قطبين مختلفين": فالقاعدة القانونية تفرض على الفرد من قبل سلطة خارجية، بينما القاعدة الاخلاقية تجد مصدر امرها في ضمير الفرد نفسه.

ولكن قد يُعترض فيقال ان القاعدة الاخلاقية يمكن ان تجد هي ايضاً مصدرها خارج الفرد. فما يسمى "الاخلاق الاجتماعية"، وهي افكار وقيم سائدة في المجتمع، تفرض من الخارج على الفرد

---

(١) انظر: رُوبيه، النظرية العامة للقانون، ص٠٤١،٤٠.
R.Pinto: Méthodes des Sciences Sociales. TI. Paris. Dalloz. 1964. P7

(٢) دبيرو: المشاكل الكبرى للقانون، ص٦٩.

العضو في المجتمع وبالتالي تجد مصدرها خارج "ضمير" الفرد. كما ان الفرد يمكن ان يكيف سلوكه الاخلاقي وفقاً لمذهب او فلسفة جاء الغير به.

ويجيب الاستاذ دباسكيه على ذلك فيقول ان الانتساب الى محيط اخلاقي او الى فلسفة معينة يتوقف في آخر المطاف على قرار شخصي، والامر الذي ينجم عن ذلك مشروط بهذا الانتساب بينما الامر الذي يصدره القانون يفرض بصورة مطلقة على ارادة الاشخاص[1].

١٢٧ . جزاء القاعدة

واذا كانت القاعدة القانونية تتميز بانها تفرض على الفرد من قبل "سلطة" خارجة عنه، فهل يعني هذا ان اية سلطة في المجتمع يمكن ان تضع قواعد قانونية وان "اوامرها" هي اوامر قانونية؟ بعبارة اخرى متى يظهر "الامر القانوني" ومتى يظهر القانون او القاعدة القانونية؟ ان القاعدة القانونية لا تظهر الا اذا وجد، في الفئة الاجتماعية، تميز بين حكام ومحكومين كما يقول العميد دكي.

فالسلطة التي تفرض القاعدة القانونية هي، اذن، سلطة الدولة. ومن علماء الاجتماع وفقهاء القانون من يؤيد ذلك. فبالنسبة للاستاذ تيماشف[2]، لا يظهر القانون او القاعدة القانونية الا في مرحلة معينة من التطور الاجتماعي.

فالقانون لا يظهر الا عند ظهور "السلطة المنظمة" التي تفرض قواعد سلوك هي القواعد القانونية. طالما ان القواعد الاجتماعية لا تفرض من قبل هذه "السلطة المنظمة" فلا يظهر القانون او القاعدة القانونية. لذلك فإن الفئات الاجتماعية البدائية لا تعرف "القانون". فهناك، اذن، ربط مطلق بين القواعد القانونية و"السلطة المنظمة".

ومن جانبه يرى الاستاذ دابا بأن القانون لا يظهر الا في وسط معين هو المجتمع المنظم والمجتمع المنظم الاكثر كمالاً هو المجتمع السياسي او الدولة[3].

وعليه فإن القاعدة القانونية تصدر عن سلطة ناجعة أي عن سلطة مطاعة تستطيع ان تفرض ارادتها على الجميع وبالارغام المادي اذا اقتضى الامر. فالقاعدة القانونية تصدر عن القابضين على السلطة في المجتمع أي من قبل الحكام. لكن ليس من الضروري ان تصدر جميع القواعد القانونية من قبل الحكام مباشرة، فهي يمكن ان تصدر من قبل هيئة او سلطة مؤهلة لان تضع مثل هذه القواعد. والقاعدة القانونية التي يضعها القابضون على السلطة (الحكام) تتضمن امراً يعبر عن ارادة الحكام وموجه الى الغير: اعضاء الفئة الاجتماعية من محكومين ووكلاء (الحكام). وككل امر فإنه يخترق، ان صح التعبير، ارادة الذين يوجه اليهم ليحدد سلوكهم او ما يجب ان يكون عليه سلوكهم باتجاه معين. فمصدر القاعدة القانونية بالنسبة لاعضاء الفئة الاجتماعية هو مصدر خارج عنهم، أي ان ما تتضمنه القاعدة من امر، او اوامر، يأتيهم من الخارج وهذا ما

---

(1) انظر: دباسكيه، مدخل الى النظرية العامة والى فلسفة القانون، ص٢٤٣.

(2) ذكره: بنتو، طرق العلوم الاجتماعية، ج١، ص٨٠.

(3) انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ط٣، ص١٢١-١٢٢.

صفة القانون ... يميز القاعدة القانونية عن القاعدة الاخلاقية. فالامر الذي ... القاعدة الاخلاقية لا يوجه الى الفرد من الخارج، أي لا يأتيه من سلطة خارجة عنه، بل هو موجه من الفرد والى الفرد.

يقول الاستاذ روبيه،... ان "... القاعدة القانونية تتميز عن قواعد الضبط الاجتماعي الاخرى، بأنها تفرض بشكل او بآخر من الخارج من قبل سلطة عامة"[١]. ومن هذه الزاوية اصبح من المعتاد التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية.

واذا كان الامر كذلك أي ان القاعدة القانونية تفرض على الافراد من قبل السلطة او الدولة، فإننا لسنا بعيدين، عندئذ، عن نظرية اخرى، لها انصارها العديدون، تقضي بأن ما يميز القاعدة القانونية عن القاعدة الاخلاقية هو اقتران الاولى بالجزاء او الارغام المادي الذي تقرره الدولة. وعليه فإن "جزاء القاعدة" سيكون المعيار الفاصل الذي يعتمد عليه لتمييز القاعدة القانونية عن القاعدة الاخلاقية[٢].

إلا اننا لا يمكن ان نقيم التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية على معيار وجود او عدم وجود الجزاء الذي هو عنصر مضاف الى القاعدة القانونية.

فالقاعدة القانونية ليست، كما يدعي البعض، قاعدة مجازاة في حين ان القاعدة الاخلاقية هي قاعدة بدون جزاء. فقد بينا فيما سبق[٣]، ان الجزاء، كالنجاعة، يتعلق بالسلطة وليس بالقانون، وبالتالي لا يمكن ان يكون الجزاء من عناصر القاعدة القانونية ومن ثم لا يمكن الاعتماد عليه كمعيار لتمييز القاعدة القانونية عن القاعدة الاخلاقية. و"يمكن ان تكون القاعدة، يقول الاستاذ دبيرو، مصحوبة بجزاء اولا تكون دون ان يضفي عليها او ينتزع عنها ذلك صفتها القانونية الوضعية"[٤].

---

(١) روبيه: النظرية العامة للقانون، ص٤٠-٤١.

(٢) الا ان للاستاذ كلسن موقف خاص من "الجزاء" الذي يعتمد كمعيار لتمييز القاعدة القانونية عن القاعدة الاخلاقية. فالتمييز بين هاتين القاعدتين، بالنسبة له، يستند الى احتمال الجزاء الذي تتضمنه القاعدة القانونية. فما تتضمنه القاعدة الاخلاقية هو امر مطلق، بهذا المعنى انه له قيمة مطلقة وغير مشروطة، بينما تتضمن القاعدة القانونية امراً افتراضياً Impératif Hypothétique، لانها لا تطاع الا بقصد التخلص من الجزاء.

وقد اعترض على هذا الاتجاه بالقول ان السنن القانونية مقرر لها ان تطاع، كالقواعد الاخلاقية، بدون أي شرط. فحين يمنع المشرع القتل، فإن القاعدة التي يقيمها في هذا الصدد، هي آمرة ومطلقة كما هي كذلك بالنسبة للقاعدة الاخلاقية. واذا كان الامر غير ذلك، فسوف لا يكون هناك افعال محرمة في ذاتها بل فقط افعال يمكن ان تثير الارغام الاجتماعي. ولذلك قيل انه سوف لا يكون هناك الزام قانوني بعدم القتل في حالة القبول بالعقاب عن القتل الذي سيرتكب. ففي هذا المذهب سيصبح الجزاء اهم من السنة التي يضمنها وفي هذا الجزاء يكمن، في الواقع، كل التزام بالمعنى القانوني للكلمة.

وكما لاحظ الاستاذ روبيه فإن "التمييز بين القانون والاخلاق لا يتم ابداً بهذه الطريقة. صحيح هناك تمييز بينهما، لكن ليس مطلقاً كما اعتقد كلسن... لان عنصر الارغام هو بدون شك عنصر مميز في القواعد القانونية، الا ان القاعدة وجدت اولاً واضيف الارغام اليها... بعد ذلك، كعنصر مكمل". (روبيه، النظرية العامة للقانون، ص٧٢). وعليه يمكن القول انه لا يوجد أي سبب لاعطاء القاعدة القانونية قيمة اقل في امرها من القاعدة الاخلاقية، فهي قاطعة كالقاعدة الاخلاقية.

(٣) انظر: اعلاه، بند ١١٠.

(٤) دبيرو: المشاكل الكبرى للقانون، ص ٦٤.

ورغم اننا حاولنا ان نعرض محاولات التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية وان نطرح او نقترح معياراً لهذا التمييز يجد اساسه في مصدر القاعدة، الا اننا نعتقد ان المسألة تخرج عن طابعها "التكنيكي"، ان صح التعبير، في تحديد "ميزة القاعدة القانونية" لتدخل في صميم فلسفة القانون، لتكون، ربما، اخطر، مسألة تعالجها هذه الفلسفة. انها العلاقة بين القانون والاخلاق التي لا يمكن السكوت عنها، او المرور بها بشكل عابر، لانها تمس صميم ذات الانسان وقدر حياته عبر المجتمع الذي يعيش فيه. لهذا يتوجب الوقوف الآن عند مسألة العلاقة بين القانون والاخلاق، لنرى موقف الفلاسفة وفقهاء القانون منها، ولنتأمل طويلاً في مسألة القانون والاخلاق.

١٢٨ . الفصل بين القانون والأخلاق

رأينا، فيما سبق[١]، ان التمييز بين القانون والاخلاق اخذ ابعاده الحقيقية في القرن الثامن عشر، وكان توماسيوس (من انصار مدرسة قانون الطبيعة والشعوب) اول من وضع هذا التمييز قائلاً: ان الاخلاق ترجع الى ضمير الفرد لتمنح السلم الداخلي، بينما القانون ينظم العلاقات بين الافراد هادفاً الى تحقيق السلم الخارجي.

الا ان الذي اعطى هذا الفصل بين القانون والاخلاق صيغة مطلقة هو الفيلسوف الالماني ايمانويل كانط (١٧٢٤-١٨٠٤)، جاعلاً منه مذهباً هيمن لفترة طويلة من الزمن.

فطاعة القاعدة القانونية، بالنسبة لكانط، تتأتى من الخوف من الارغام وليس من واجب يفرضه الضمير. وعكس ذلك فإن الخضوع للقاعدة الاخلاقية لا يتأتى من امر خارجي: فمبدأ الواجب هو فينا. فالفرد لا يطيع القانون الاخلاقي بسبب الارغام او الامل، أي تحت تأثير خارجي، بل فقط لاحترام الامر القاطع الذي يرن في ذاته وينبثق من كينونته. فمصدر القاعدة الاخلاقية هو هذا "الصوت الداخلي" الذي يسمع فينا، لذلك فإن ارادتنا المستقلة هي التي تعطينا قانوننا الاخلاقي. ويرى كانط انه على صعيد العلاقات القانونية يجب ان لا نبحث عن البواعث التي تحكم الافعال، وانما نهتم فقط بهذه الافعال نفسها. فاهتمام القانون يتعلق بالافعال الخارجية ويقتصر عليها، ومن ثم فإن السلطات العامة لا تمحص في ما يدور في الضمير.

اما الاخلاق، فلا تهتم الا بنيات وبواعث الانسان، بحيث ان الافعال الحميدة في ذاتها لا قيمة لها اذا لم تنحدر من بواعث لها قيمة اخلاقية بالنسبة للضمير، أي بالنسبة الى "محكمة الضمير": فصلاح الارادة الاخلاقي هو الحسن الاخلاقي فقط.

ويتعرض هذا المذهب لعدد من الانتقادات.

فهو يؤكد كثيراً على فكرة الارغام الاجتماعي. ولا شك فإن للارغام دوره بالنسبة للقاعدة القانونية بعكس القاعدة الاخلاقية، الا انه ليس في ذلك يكمن مبدأ التمييز بينهما. "فالقانون،

(١) انظر: اعلاه، بند ١٢٥.

فالقانون هو قاعدة للحياة الاجتماعية والاخلاق هي قاعدة للحياة الفردية، (لذا) يقول الاستاذ رُوبيه، هو قاعدة للحياة الاجتماعية والاخلاق هي قاعدة للحياة الفردية، (لذا) فإن الارغام الاجتماعي يرتبط (بالقاعدة) الاولى وليس بالثانية. الا ان هذا ليس... سبباً في ان يكون الامر القانوني اقل، من حيث كونه قاطع، من الامر الاخلاقي و... اننا لا نتقيد به الا بسبب الجزاء الذي يرتبط به: ففي اغلب الاحيان، تطاع القاعدة القانونية تلقائياً، وخارج أي فكرة للارغام[1].

ويبالغ كانط كثيراً حين يعتبر ان الفعل لا يكون اخلاقياً الا حين يتم عند الشعور بالواجب، أي عندما يكون باعثه احترام القانون الاخلاقي. هذا يعني ان الفعل الذي يتم تحت هيمنة عاطفة او هيام، ليس باخلاقي مهما كانت نتائجه. لذلك فإن كانط لا يعتبر من الاخلاق، العواطف النبيلة كمودة صديق او الشفقة على مسكين.

وقد علق على ذلك، ساخراً، الشاعر (شلر schiller) قائلاً: "بطيبة خاطر اقدم خدمة لاصدقائي، لكن مع الاسف اقوم بذلك بميل ولهذا السبب يفترسني الندم لاني لا اكون فاضلاً".

ثم انه ليس صحيحاً القول (مع كانط) بأن القانون لا يأخذ بنظر الاعتبار الا النتائج والافعال وليس النيات والبواعث. ففي معظم فروع القانون، هناك ضرورة لتمحيص الارادة والدوافع: وهكذا الحال في نظرية المسؤولية ونظرية التصرفات القانونية والعقود. وحتى بالنسبة للوقائع المادية كالحيازة، يؤخذ القصد بنظر الاعتبار. ولذلك فقد قيل، بحق، ان أي تقدير قانوني لا يكون ممكناً دون الرجوع الى النيات[2].

في الحقيقة ان فلاسفة القرن الثامن عشر كانوا يبغون من وراء الفصل بين القانون والاخلاق تأكيد التوجه الفردي في ذلك الوقت. فحين تتأكد حرية الفرد، فإن هذا الاخير لا يقبل بتدخل السلطة في ميدان الضمير. وقد قيل: ان "الافكار الاخلاقية هي دائماً بشكل او بآخر ذاتية وتمس دائماً الجهة الاكثر خصوصية والاكثر سرية لحياة الانسان. ولهذا السبب فإن التشريع الذي يقيم كأساس لتحديد المصالح تقييماً اخلاقياً محدداً، يؤدي حتماً الى اضطهاد الحرية الفردية. (و) عدم اهتمام القانون الوضعي بالاخلاق هو ما يتوافق على احسن وجه مع الحرية الواسعة"[3].

الا ان هذا الفصل القاطع بين القانون والاخلاق، ادى الى رد فعل تجلى في التأكيد على الوصل بين القانون والاخلاق.

---

[1] ...بيه: النظرية العامة للقانون، ص٤٢-٤٣.

[2] ...لاحظ الاستاذ دابا، في كتابه، "فلسفة النظام القانوني الوضعي" (١٩٢٩)، انه اذا كان القانون لا يستطيع ان يطلب حساباً من شخص عن نياته ...، لان الافعال الداخلية المحضة لا تخضع لسلطانه، فإنه من المؤكد، بالعكس، ان القانون حين يجد نفسه بحضور افعال خارجية لها انعكاسات ...اعية، فإنه يقوم غالباً ببحث وتحليل النيات. فما يكون ضمن ميدان الفكرة او العاطفة يبقى خارج القانون، لكن منذ اللحظة التي توجد ... افعال خارجية، كلام، كتابات، اشارات... الخ... فإن القانون يبحث غالباً النيات التي ظهرت فيها (ذكره. روبيه. النظرية العامة للقانون، ...٤ هامش١).

[3] N.M.Korkounov: Cours De Théorie Génerale Du Droit, Paris, 1903, P.6... (ذكره. روبيه. المرجع ...ف الذكر، ص٤٤).

١٢٩ . الوصل بين القانون والأخلاق

يرى العميد ريبير انه "لا يوجد في الحقيقة بين القاعدة الاخلاقية والقاعدة القانونية أي اختلاف فيما يتعلق بالميدان، الطبيعة، والهدف... لان القانون يجب ان يحقق العدالة وفكرة العدالة هي فكرة اخلاقية"(١).

الا انه يوجد بينهما فرق في الصفة، فالقاعدة الاخلاقية تصبح قاعدة قانونية "بفضل امر اكثر قوة وجزاء ضروري للهدف المبتغى" على حد تعبير العميد جني. فالقاعدة الاخلاقية تتجسد وتتحدد عند التحضير الفني للقاعدة القانونية. وحين تقام القاعدة القانونية وتضمن (بالجزاء) من قبل المشرع، فإنها تنفصل عن القاعدة الاخلاقية التي كانت اساساً لها، بهذا المعنى ان القانون حين يتطابق مع النظام القانوني سيكتفي بذاته. ويكتفي بطاعة القانون الوضعي دون البحث عن بواعث هذه الطاعة.

الا ان العميد ريبير يستدرك فيقول حين نؤكد كفاية النظام القانوني الوضعي فيجب ان لا نفكر بأن هذا النظام قادر على ان يكتفي ذاتياً.

وان "القوانين المدنية" تستطيع ان تجد اساسها في السلطة العامة وغايتها في سيادة السلم الاجتماعي. فمن باب النظرة السطحية للاشياء ان نعتقد بكفاية النظام القانوني الوضعي بينما لا يقدم أي اسباب اخرى لقيمته غير وجوده.

"فاذا كان القانون ليس شيئاً آخر غير مجموعة قواعد سلوك، فانه سيكون كعمل تحكمي للحكام او نتاجاً طبيعياً للحالة الاجتماعية الموجودة.

ومن يفكر في العلاقة بين القانون والاخلاق يطرح من جديد بقوة اكثر.. السؤال لمعرفة اذا كان القانون يستطيع ان يحيا مقطوعاً عن جذوره، بواسطة قوة تكنيكية فقط، او بالعكس، اذا كان لا يستطيع ان يتطور الا بالصعود المستمر للنُسغ الاخلاقي"(٢).

وحين يطرح العميد ربير هذا السؤال، فهو يريد ان يقول، كما نعتقد، ان القانون حتى في اجزائه الاكثر تقنية يهيمن عليه دائماً القانون الاخلاقي.

وباتباع قيم اخلاقية معينة ولتحقيق ما تأمر به، تقام القواعد القانونية. فالاخلاق "تحوم حول القانون" كما قيل. وحين نكون بصدد القواعد القانونية وهي في طريق التحضير، فإنه لا يمكن عندها تمييز المفاهيم الاخلاقية من المفاهيم القانونية: فالقاعدة الاخلاقية تريد ان تصبح قاعدة قانونية(٣).

الا ان الاتجاه او المذهب الفردي الذي كان سبباً، ربما اساسياً، في الفصل بين القانون والاخلاق، ادت نتائجه او الامتيازات التي يحميها الى انكار الفصل بين الاخلاق والقانون. ورد

---

(١) ريبير: القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية، المرجع السالف الذكر، ص١٠.

(٢) ريبير: القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية، ص١١.

(٣) انظر: روبيه، النظرية العامة للقانون، ص٤٦.

الفعل هذا استهدف التعسف في استعمال الحق، لتمسك اصحابه بحرفية امتيازاتهم بما يخل تماماً بالاهداف التي تبرره. لذلك فإن العديد من الفقهاء، في الربع الاول من القرن العشرين، وممن يناصرون المذهب الفردي، ادركوا الخطر وحاولوا منع انحراف القانون الوضعي الذي كان من الممكن ان يؤدي به الى طريق يخالف الاخلاق.

ومن هؤلاء الفقهاء الاستاذ جوسران: فهو ينكر تماماً في كتابه "روح القوانين ونسبيتها" (١٩٢٧) وجود الحدود بين القانون والاخلاق. ويقول ان هذه الحدود لم توجد الا في خيال بعض رجال القانون. فالقانون ليس شيئاً آخر غير الاخلاق الاجتماعية، الاخلاق في الفعل بمعنى "الاخلاق بقدر ما تصبح قابلة للارغام".

ولذلك لم يتردد الاستاذ جوسران من ان يعطي القاضي سلطة تقصي بواعث من يمارس حقه وادانته اذا كانت هذه البواعث غير شرعية، أي انها تخالف الاهداف التي اوجدت مثل هذه الحقوق[1].

١٣٠ . قانون الأخلاق وأخلاقية القانون

ومسألة الاخلاق والقانون تبقى المسألة الاساس التي شغلت الانسان الواعي وستشغله ابداً، ما دام يريد "الافضل" وما دام يريد "الاعدل".

ومحاولة التفكير في هذه المشكلة تقضي الوقوف والتأمل في معنى القانون والاخلاق، لفهم المشكلة وادراك ابعادها الانسانية.

ومهما اختلفت الآراء والمذاهب والنظريات، فالقانون يحكم: بمعنى يحدد سلوكاً او مسيرة او تصرفاً حياتياً، وبالتالي فهو يأمر.

وما دام القانون يأمر، فالسؤال الذي يطرح: ما هو مصدر هذا الامر، هل هو خارج الانسان ام ملازم له؟ هل هو "قانوني" الذي ينبع من ذاتي ليحدد ما اريد وما لا اريد، ام هو قانون الغير الذي يريد وما لا يريد من الاخر؟

فاذا كان قانون الذات، فهو الاخلاق، واذا كان قانون الغير. فهو القانون. وعليه فإن "قانون الاخلاق" هو قانون الذات اولاً وقبل كل شيء. لكن ما هي الاخلاق في الحقيقة والواقع؟ اهي سلوك يفرضه الفرد على نفسه او بعبارة ادق، يفرضه ضمير الفرد على الفرد، ام هي سلوك فردي يتمشى او يجب ان يتمشى مع القيم والمبادئ التي تسود المجتمع؟ هي ربما هذا وذاك، وقد تكون الهيمنة تارة للاخلاق الفردية وتارة اخرى للاخلاق الاجتماعية وفق المرحلة الزمنية والفكرية والحضارية.

والاخلاق حين تقترن بالقانون، فإنها تعطي القانون صفة "المثل الاعلى" أي ما يجب ان يكون عليه الانسان اخلاقياً، بمعنى ما يجب ان يكون عليه الانسان كأنسان فيما يريد وفيما يتصرف. وعندها يخرج سلوك الفرد من دائرة السلوك المعتاد ليدخل دائرة انسانية القانون وبالتالي يدخل في دائرة انسانية التصرف الانساني.

(1) انظر: روبيه، النظرية العامة للقانون، ص٤٦.

لذلك فإن "اخلاقية القانون" تعني في هذا التصور "التزام" القانون بالانسان ذي الاخلاق، بالانسان الفاضل، بالانسان "العادل"، فلا يمكن ان يكون الانسان "عادلاً" وهو في منأى عن الاخلاق. لكن من يقرر كل هذا؟ السلطة بدون شك هي التي تضع القانون. واذا كان الامر كذلك فلا يمكن الا التسليم بما قاله الاستاذ جوسران: القانون ليس إلا الاخلاق الاجتماعية، أي ان الاخلاق الاجتماعية لها نفس هدف القانون. فالقاعدة القانونية يجب ان يتبعها الجميع بغية الابقاء على النظام الاجتماعي، وبالتالي فإن القانون يجعل من الواجبات الاخلاقية التزامات قانونية، وان خرق الواجبات الاخلاقية سيلحق الضرر بالنظام القائم. وحين لم يعد المشرع يأخذ بنظر الاعتبار قواعد اخلاقية ذات طبيعة عليا ويحدد الاخلاق الواجبة الاتباع في المجتمع الذي يحكمه، عندها سيكون هناك مزج بين الاخلاق والقانون ولم تعد الاخلاق مصدر القانون، بل القانون هو مصدر الاخلاق. فالسلوك الاخلاقي سيكون في احترام النظام الاجتماعي الذي اقامه القانون، واللا اخلاقية في خرق القانون الوضعي.

فاذا اردنا ان نغير الانسان نحو الافضل ونحو الاحسن، فلا يكون ذلك إلا عن طريق الثورة، التي تتخذ من القانون وسيلة لذلك. وعليه فإن القانون سيكون وسيلة وغاية الانسان. فهو وسيلة يريدها الانسان العادل لتحقيق ثورة الانسان (العادل) على الانسان وعلى ذات الانسان. والثورة بمعناها الصحيح لا يمكن ان تكون غير ثورة اخلاقية، ثورة عادلة، ارادها "العادلون" لتحقيق اخلاقية الانسان في تصرفاته وعلاقاته.

فالثورة تريد اذن ان يكون الانسان انساناً، انساناً كاملاً واعياً ذاته وانسانيته مدركاً اخلاقية تصرفاته ومسؤولياته.

لذلك نجد سخرية الكاتب الفرنسي اناتول فرانس غير مناسبة حين قال: ان "جنون الثورة (الفرنسية) كان الرغبة في اقامة الفضيلة في هذه الدنيا"(١).

كما ان ملاحظات العميد ريبير على "الاخلاق الاجتماعية" و"اخلاق الدولة"(٢)، غير واردة سيما وانه يسوق الدول الشمولية (الاتحاد السوفيتي) مثالاً على ذلك. فهل من المنطق والمعقول ان نترك لكل فرد حرية التصرف لا يقيده في ذلك غير ما يمليه عليه ضميره او مبادئ "ايمانه" دون ان نأخذ بنظر الاعتبار مصلحة الغير ومصلحة المجتمع، ودون ان نتذكر المصلحة الذاتية وانانية الانسان الذي تدفعه، في الاغلب، الى النظر الى "الانا" وليس الى الغير، فيما يتصرف وفيما يريد.

وهل من الممكن والمعقول ان ندع الفرد ينظم حقوقه والتزاماته باتفاقات خاصة دون ان يضر او يمس ذلك، بشكل او بآخر، بمصلحة المجتمع.

وهل من الممكن بعد الان التسليم بأن الاتفاقات التي تبرم "بحرية" تكون قانون الاطراف الذين ابرموها.

هل الاخلاقية في الفردية الليبرالية المطلقة ام في سيرة اجتماعية متوازنة تقدرها السلطة

---

١) ذكره: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص١٧٢.

٢) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص١٧٣-١٧٤.

فلسفة القانون ... قراراتها لمصلحة المجتمع والظروف
ولكن ليس اية سلطة وانما السلطة الشرعية التي تستوحي في قراراتها لمصلحة المجتمع والظروف
والمرحلة التي تشرع فيها. فشرعية السلطة تعني اخلاقية اختياراتها التي ارادها الافراد بارادتهم
للسلطة التي تتجسد فيها قيمهم وافكارهم ومبادئهم وبالتالي القيم الاخلاقية التي يسلمون
بها. فاختيارات السلطة الشرعية التي تتبلور في تشريعاتها يعني شرعية المشروعية، أي اخلاقية
المشروعية وبالتالي اخلاقية القانون.

الباب الثاني

القانــون الوضعي

١٣١ . مشكلة مصطلح

لقد واجهنا "القانون" كقواعد سلوك اجتماعية، لانها تنظم اعمال او تصرفات الافراد في المجتمع. وقد عرفنا ان قواعد السلوك الملزمة هذه يضعها الحكام القابضون على السلطة، أي ان الدولة هي التي تقيم او تضع القانون. وغاية القانون، كما نعلم، هي الحفاظ على حياة المجتمع واستمراره وتطوره. فالقانون يوضع من قبل الانسان (الحكام) لاجل ان يسود النظام الذي هو ضروري للحياة الاجتماعية. والقانون يهدف اصلاً الى تنظيم الجماعة وتحقيق النظام فيها. فالقانون ليس غاية في حد ذاتها بل هو وسيلة لتحقيق غاية وهي حماية وبقاء واستمرار وتطور المجتمع.

واذا كانت اللغة انعكاساً لحضارة، فإن ترجمة ما تقدم حول غاية القانون وسبب وجوده تحكمت، لا شك في ايجاد المصطلح الفرنسي المناسب وهو: "La Loi".

اما في اللغة العربية فلا نملك مصطلحاً آخر، للتعبير عن تلك المتطلبات غير "القانون" ايضاً. فنقول في العراق وافق "البرلمان" على مشروع قانون ونقول ايضاً دراسة القانون وكلية القانون ونظرية القانون. ومثل ذلك لا يحدث في اللغة الفرنسية، فالفرنسيون يميزون لغة ومصطلحاً بين "La Loi" وبين "Le Droit".

وللخروج من هذا المأزق او الصعوبة، حاول البعض في العراق، وخاصة في مصر، ان يميز بين "التشريع" وبين "القانون". فالتشريع هو ما تضعه الدولة (المشرع) من قواعد سلوك ملزمة وهو يقابل، بهذا المعنى، مصطلح "La Loi" الفرنسي. الا ان "التشريع" اوسع في معناه من مصطلح "La Loi"، لأنه يشمل عدة انواع ومراتب من القواعد القانونية. اما "القانون الوضعي La Loi" فهو مرتبة معينة ومحددة من مراتب "التشريع La Législation". ولذلك وتوخياً للدقة، وفقداً للاحسن، فإننا سنستعمل مصطلح "القانون الوضعي" ليراد به "القانون" الذي تضعه الدولة أي "La Loi" في الفرنسية. وسنتجنب في سياق العرض ذكر "الوضعي" كلما كان ذلك ممكناً او ان نضعه بين قوسين بعد كلمة "قانون" بغية المزيد من الوضوح.

الفصل الأول
إقامة القانون الوضعي

١§- تشريـع القانـون الوضـعي

١٣٢ . مبررات التشريع

يهدف القانون الوضعي الى تحقيق النظام في الحياة الاجتماعية او في العلاقات الاجتماعية، أي انه يحقق "الامن والمساواة القانونية" بين الافراد. فبوجوده المسبق يستطيع الافراد، بكل امان، ان يتصرفوا وفقاً له وبمعرفة تامة لما يريده القانون الذي ينظم هذه التصرفات. فلا مجال، اذن، للمفاجآت. فالقانون الوضعي بثباته ودقته يدخل الامن في العلاقات في المراحل التي تزداد فيها هذه العلاقات بين الافراد. ولذلك قيل ان تطور القانون الوضعي او ازدهاره قد ارتبط بتطور الرأسمالية في القرن الثامن عشر الاوربي.

والقانون الوضعي يحقق ايضاً المساواة القانونية، لانه حين يوجه الى كل الافراد، فهو يحكم كل الحالات المتشابهة التي يوجد فيها هؤلاء، او يحكم كل العلاقات ذات الطبيعة الواحدة وبالتالي يحقق المساواة وعدم التمييز بين الافراد. وعليه فإن القانون الوضعي (القانون المشرع)، حيث توضع القاعدة القانونية مسبقاً بصيغة عامة ولا شخصية في الغالب والتي تحدد بدقة السلوك الواجب الاتباع ونتائج عدم اتباعه، انما يمثل مرحلة متقدمة في الحضارة الانسانية. وكما لاحظ العميد دكي فإن الوظيفة التشريعية هي آخر وظائف الدولة في الظهور تأريخياً.

فممارسة السلطة من قبل الحكام القابضين عليها، كانت خلال زمن طويل وحتى عند الشعوب التي وصلت الى مرحلة معينة من الحضارة، تتم عن طريق اتخاذ قرارات فردية سواء مباشرة بناء على ارادتهم او مبادرتهم او بناء على طلب افراد ذوي خصومة معينة. ويستخدم الحكام القوة المادية التي في حوزتهم لتنفيذ ارادتهم هذه. صحيح ان اللجوء الى القانون الوضعي لم يتم الا عندما عرفت الكتابة وتمكن الانسان من الحفاظ على القاعدة المكتوبة. الا ان هذا لا يكفي لتطور القانون الوضعي. فالقانون الوضعي لم يأخذ بعده الحقيقي الا عندما ادرك الانسان ان الثبات والعمومية والصفة المجردة للقانون المكتوب هي حماية ناجعة للفرد ضد تحكم الدولة. فقد ساد الاعتقاد بأن القابضين على السلطة لا يمكنهم بعد الآن اتخاذ هذا القرار الفردي او ذاك، وبصدد هذه الحالة او تلك، بكل حرية او تحكم وانما هم مقيدون في ذلك بقاعدة عامة موضوعة بصورة مجردة أي بعيداً عن كل اعتبارات تتعلق بقضية معينة او بشخص معين بحيث ان هذه القرارات الفردية لا يمكن اتخاذها الا وفقاً لهذه القاعدة العامة.

"ومن لحظة ادراك هذا النظام، يقول العميد دكي، وتطبيقه شعر الفرد بحماية قوية ضد طغيان سلطة الحكام، لان من البداهة ان هذه القاعدة العامة والمجردة التي تقيد تصرفاتهم هي اقل بكثير في خطورة تحكمها من القرار الفردي الذي يمكن ان يكون سببه الكراهية، الطموح او الانتقام"(١).

١٣٣. ممارسة التشريع

الا ان القانون الوضعي، مع هذا، يحمل في طياته تناقضاً او هو سلاح ذو حدين، فهو يمكن ان يكون اداة حرية وتحرر بمعنى انه يمكن ان يخلص المجتمع من حتمية معينة ويخضع حياته وتطوره الى ارادة بشرية واعية هي ارادة المشرع، كما انه يمكن ان يكون ايضاً اداة تحكم واضطهاد وذلك حين تمارس الوظيفة التشريعية من قبل اشخاص تدفعهم مصالحهم وطموحاتهم ونزعاتهم. لذا فإن خطورة العمل التشريعي واهميته جعلته من اختصاص القابضين على االسلطة في ذات الوقت الذي تتخذ الاحترازات الضرورية للحد من هذه الخطورة. والسلطة تمارس وفق قواعد معينة لأنها تخضع لمبدأ التنظيم الذاتي. وهذه القواعد تكون دستور الدولة أي مجموعة القواعد التي تمارس بموجبها السلطة. ولما كان الدستور او القواعد الدستورية هي التي تحدد طريقة ممارسة السلطة في الدولة، وهذه السلطة تمارس عن طريق وضع قواعد قانونية (قانون وضعي)، لذلك نرى الدساتير تمنح الوظيفة التشريعية للقابضين على السلطة في الدولة.

وعليه فإن من يمارس الوظيفة او "السلطة" التشريعية ستحدده اشكال التمييز بين الحكام والمحكومين أي اشكال القبض على السلطة. فالسلطة يمكن ان تتركز بيد فرد بحيث ان ممارستها تعود له وحده. كما ان السلطة يمكن ان تتركز بيد جماعة قليلة من الافراد، لجنة (مجلس مصغر) او بيد جماعة كبيرة من الافراد تشكل مجلساً او "جمعية Assemblée".

وتركيز السلطة بهذا الشكل يقودنا الى نظام سياسي معين هو "نظام تركيز السلطة". الا ان ممارسة السلطة يمكن ان تتوزع بين عدة قابضين: فيمكن ان يكون توزيع ممارسة السلطة بين فرد ومجلس، كما في الانظمة الملكية المقيدة او النظام الرئاسي، كما يمكن ان توزع ممارسة السلطة بين فرد ولجنة ومجلس كما في النظام البرلماني(٢).

فتحديد المشرع الذي يضع او يقيم القانون يتوقف، اذن، على طبيعة النظام السياسي. فإن كان القابض على السلطة فرداً، عادت له اقامة القوانين الوضعية، وهكذا كان الحال في فرنسا قبل ثورة ١٧٨٩ حيث ان القوانين الوضعية هي الاوامر او الارادات الملكية "Les Ordonnances Royales".

وفي الفترة التي اعقبت الثورة الفرنسية مباشرة، فإن القوانين كانت تشرع من قبل الجمعيات او المجالس القابضة الحقيقية على السلطة.

ر: دكي، المطول في القانون الدستوري، ج٢، ص١٧٣.١٧٤.

اشكال التمييز بين الحكام والمحكومين او اشكال القبض على السلطة، انظر: منذر الشاوي، القانون الدستوري، ج١، ص ١٦٩ - ١٨٩.

وفي ظل دستور ٢٧تشرين اول ١٩٤٦ الفرنسي (دستور الجمهورية الرابعة) فإن الكلمة الاخيرة في وضع القوانين كانت للجمعية الوطنية برغم وجود مجلس ثان هو مجلس الجمهورية.

اما في ظل "نظام توزيع السلطة" فإن ممارسة التشريع تعود مشتركاً إلى العناصر القابضة على السلطة او التي تسهم في ممارسة السلطة. ولكن الدور المهم في عملية التشريع يعود دائماً إلى له الهيمنة السياسية. لا شك في انه يوجد اسهام مشترك في ممارسة السلطة وبالتالي في ممارسة العملية التشريعية او "السلطة التشريعية"، ولكن دور كل قابض على السلطة في هذه العملية يختلف باختلاف اهميته او قوته السياسية.

وعليه فإن "المشرع" هو كل من يسهم، من القابضين على السلطة، وفقاً للدستور، في اقامة القانون الوضعي. لكن كيف يقيم "المشرع" القانون الوضعي أي كيف تتم صياغة القانون الوضعي؟

§٢ـ صياغة القانون الوضعي

أولاً ـ السياسة التشريعية

١٣٤ . معنى السياسة التشريعية

طالما ان القانون (الوضعي) اداة او وسيلة لتحقيق هدف او غاية اجتماعية او اقتصادية او سياسية (او هذا وذاك من الاهداف)، فهذا يتطلب ان يكون لدى المشرع، واضع القانون او القاعدة القانونية، تصور مسبق عن هذا الهدف او هذه الغاية المراد تحقيقها. فالقانون هو اختيار او موقف القابض على السلطة من الامور الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع بغية تنظيمها او تغييرها. والقانون الوضعي، في الحقيقة، هو اختيار سياسي، لأن السياسة بمعناها الاصلي هي كل ما تعلق بحياة المدينة او الدولة. والقانون هو تنظيم حياة المجتمع والمدينة او الدولة من خلال تنظيم علاقات ونشاطات الافراد المكونين لها. فبهذا المعنى يمكن القول انه يكمن وراء كل قانون وضعي اختيار او موقف سياسي للقابضين على السلطة أي للمشرع. ولذلك يجب ان يكون لكل مشرع او بعبارة ادق لكل دولة سياسة في مجال اقامة او وضع القانون تحدد الاهداف او الغايات المختلفة التي يجب ان يحققها القانون الوضعي. ولذلك يطلق على هذه السياسة اسم "السياسة التشريعية" او "السياسة القانونية La Politique Juridique". وعليه فإن السياسة التشريعية او القانونية هي مكنة وفن تحديد الاهداف التي يجب ان يحققها القانون.

١٣٥ . موضوع السياسة التشريعية

فالسياسة التشريعية تفترض، اذن، ادراك الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ووضع تصور او خطة او سياسة لتغيير او تبديل او تنظيم هذا الواقع. فالسياسة القانونية او التشريعية تعني تحديد هدف معين او غاية معينة يراد تحقيقها بعد دراسة الواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وتحديد ما يراد تبديله او تغييره او تنظيمه بوساطة القانون. فالقانون

الوضعي سيكون الاداة التي تحقق الهدف المنشود او الاداة التنفيذية للسياسة القانونية. وعليه فالواقع المادي او المعنوي المراد التعامل معه من قبل المشرع هو كالمادة الاولية التي يتعامل معها النحات ان صح التعبير. فالنحات لديه تصور، خطة، سياسة لما يجب صنعه من المادة المعطاة. والمشرع نحات، فيجب ان تكون لديه سياسة وهذه المرة تشريعية. وعليه فإن السياسة التشريعية تتعلق بموضوع او صلب القانون، اذ انها تطرح مسألة مدى تحقق الاختيار او الفكرة الموجهة من خلال القانون. فتحضير او تحديد مضمون القاعدة القانونية هو موضوع السياسة التشريعية.

١٣٦ . أبعاد السياسة التشريعية

واذا كانت السياسة التشريعية في جوهرها فكرة او اختياراً او موقفاً للمشرع (صاحب السلطة) يراد تحقيقها من خلال او بوساطة القانون، فإن هذا الامر يثير مسألتين: مسألة محدودية او سعة افق هذه السياسة التشريعية، ومسألة سهولة او صعوبة تحقيق هذه السياسة.

فقد يكون للمشرع (صاحب مشروع القانون او معد فكرته الاساسية وهو في الاغلب "الحكومة") موقف او فكرة محددة من قضية محددة، عندها نكون امام اختيار او موقف من هذه القضية، او تلك، لا يرقى الى مستوى السياسة التشريعية (ومع هذا ربما هو من السياسة التشريعية).

فقد يرى المشرع او القابض على السلطة ضرورة فرض التأمين الالزامي على السيارات او وضع حد للمضاربات المضرة او المهددة للاستقرار النقدي، او يرى ان يتم الطلاق في المحاكم وامام قاضي الاحوال الشخصية.

وقد تشمل او تنصب السياسة التشريعية على كامل قطاع او مؤسسة اجتماعية او اقتصادية، كإعادة النظر في الاسس القانونية التي تقوم عليها العائلة او الشركات التجارية وتنظيمها. وقد تشمل السياسة التشريعية اصلاحاً كاملاً لواقع المجتمع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي، وعندها توضعاً ستراتيجية او سياسة تشريعية لاصلاح مرافق المجتمع كافة.

الا ان وضع مثل هذه السياسة التشريعية او القانونية ليس بالامر السهل او الغالب الحدوث. ومع هذا فقد وضعت هذه السياسة القانونية الاصلاحية في العراق، حين اقر قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥لسنة ١٩٧٧ "ورقة عمل اصلاح النظام القانوني في العراق" والتي كانت تهدف الى تغيير التشريعات الاقتصادية والتجارية والمدنية والادارية والسياسية والجزائية في العراق[1].

والسياسة التشريعية، من جهة اخرى، تتطلب من المشرع في المجتمعات "المفتوحة"، حيث تتشابك المصالح وتتعقد، ان يوفق بين هذه المصالح وان يأخذ بنظر الاعتبار الاحكام المسبقة والمعتقدات والعادات التي لا يمكن انتزاعها بسهولة. فالسياسة التشريعية ستكون عندها سياسة ملاءمة وتبصر وحذر. اما في المجتمعات "المغلقة" ذات السلطة القوية فإن العملية ستكون اسهل وربما الاصلاح اعمق دون أن تهمل عوامل المقاومة المتمثلة بالمصالح والمعتقدات، ودون ان يهمل التحكم في بعض الاحيان.

---

(١) انظر: قانون اصلاح النظام القانوني، طبعة وزارة العدل، بغداد،١٩٧٧.

١٣٧ . اهداف السياسة التشريعية

ان للسياسة التشريعية، في الحقيقة، هدفين او وجهين: هدفاً ينصب على تحليل الواقع الاجتماعي (بمساعدة العديد من العلوم) لتحديد الحاجات البشرية التي يراد طمأنتها لأن القانون يوضع وفقاً لحاجات الحياة الاجتماعية أي وفقاً لمتطلبات العلاقات الاجتماعية. ولهذا فإن ورقة اصلاح النظام القانوني في العراق"... انطلقت مما هو كائن الى ما يجب ان يكون بنظرة علمية هادفة تأخذ بحسابها ظروف العراق الماضية والراهنة دون ان تفقد رؤية وتوقعات المستقبل"(ص٩٩).

والهدف او الوجه الآخر للسياسة التشريعية هو اقامة القاعدة القانونية او القانون الذي يحقق الهدف المطلوب. لذا كان العمل التشريعي دقيقاً حيث ان القانون يجب ان يقام وفقاً للحاجات الاجتماعية ومن ثم يتوجب على المشرع معرفة هذه الحاجات بالدقة اللازمة ليضع القاعدة القانونية او القانون المناسب او الملائم ليطمئن او يعالج هذه الحاجات بالشكل الامثل. لذلك نرى اليوم، في معظم انحاء العالم، حيث تتعقد الحاجات وتتشابك المصالح، ان اغلبية مشاريع القوانين تعدها "الحكومة" بعد دراسة مستفيضة، فالمجالس النيابية، نظراً لعددها ونوعية اعضائها، عاجزة، الى حد كبير، عن القيام بذلك.

ثانياً ـ مصادر الإلهام التشريعي

١٣٨ . طرح المشكلة وخطة

قلنا ان القانون (الوضعي) هو اختيار سياسي، بمعنى انه يمثل موقف القابض على السلطة (المشرع) من الامور الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع بغية تنظيمها او تغييرها. ولهذا يجب ان يكون لكل مشرع او بعبارة ادق لكل دولة سياسة في مجال اقامة القانون تحدد الاهداف التي يجب ان يحققها القانون الوضعي: وهذه هي السياسة التشريعية. فالقانون الوضعي سيكون الاداة التنفيذية لهذه السياسة القانونية او التشريعية. لكن هل المشرع "حر" فيما يضعه من قواعد قانونية، ام ان هناك قوى ومعطيات تؤثر في التركيبة النهائية للقانون الوضعي؟ واذا كان المشرع يأخذ بنظر الاعتبار الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي للمجتمع، فهل تكون له الكلمة الاخيرة حين يبلور ذلك فيما يضعه من قواعد قانونية، ام ان هذه القواعد ستكون نتيجة لعوامل اخرى يضطر المشرع ان يأخذها بنظر الاعتبار او انها تفرض عليه؟

وللجواب عن هذا التساؤل لابد اذن من النزول الى الواقع السياسي والاجتماعي لمعرفة مدى تأثير العديد من القوى في صياغة القانون الوضعي. فلا يكفي ان نقول ان المشرع يضع القاعدة القانونية، بل لابد من التساؤل عن المصادر الملهمة للمشرع أي الوقوف عند "مصادر الالهام التشريعي". فبدون ذلك لا يمكن ادراك او فهم الوليد الذي انجبه المشرع ولا الكيفية التي تكون بها. وعندها سنجد الحلقة المفقودة بين السياسة والقانون والعلاقة بينهما التي تناستها بعض المذاهب والتي نؤكدها، ليس انطلاقاً من احكام مسبقة وانما استقراءً لواقع الحياة السياسية

والقانونية لكل مجتمع. "فاذا وجدت سياسة قانونية... فإن ذلك يعني توقف عالم القانون من التعليل وفقاً لمتطلبات المنطق فقط، ليأخذ بنظر الاعتبار المتطلبات الملازمة للانسانية في مسيرتها. فعليه، اذن، ان يقيم القاعدة، اذا كان مشرعاً، وان يفسرها اذا كان قاضياً، آخذاً بالحسبان ما ينتظره المجتمع منها. وفي هذا البحث فإن نظرته تلتقي بالضرورة مع نظرة عالم السياسة. فاهتماماتهما يمكن ان تكون مختلفة لكنها في البداية تولد من نفس الوقائع"[1].

واذا كانت السياسة (بمعناها الاصلي) هي كل ما تعلق بحياة المدينة (الدولة) والقانون هو تنظيم لهذه الحياة، لذلك يكمن وراء كل قانون اختيار سياسي، وان كل قاعدة قانونية تجسد فكرة[2].

و"... المذاهب السياسية الكبرى، يقول الاستاذ ريفيرو، لا اهداف لها غير الهام نظام حكم، أي ان تترجم بقواعد قانونية... ان الهدف الطبيعي للمفكر السياسي هو بناء المدينة: ففيه يكمن دائماً مشرع محتمل وفي النهاية الاخرى للسلسلة لا يوجد نظام قانوني لا يترجم تصوراً معيناً للانسان ولمصيره ولعلاقاته مع المدينة.

وفي بعض الاحيان فإن الالهام مباشر وواع واحياناً غير محدد: ان المذهب لا يؤثر على القاعدة الا من خلال العقليات التي تعكسه ولكنه موجود دائماً، والقاعدة لا تأخذ معناها الكامل الا حين توضع في اطار توجهاته"[3].

لذلك فإن دراسة مراحل تكوّن القاعدة القانونية هي في غاية الاهمية، لانها ترشدنا، الى الحقيقة الديموقراطية للانظمة حين نعرف مقدار اسهام الشعب في وضع السنن التي يخضع لها.

واذا كانت الاجراءات التشريعية تبدأ باقتراح مشروع، وهو اجراء شكلي، بهذا المعنى فإنه يتم وفق ما يرسمه الدستور حيث نعرف لمن يعود من الناحية "القانونية" تحريك الالية التشريعية. لكن ذلك لا يعلمنا عن اصل النصوص التي ينصب عليها هذا الاقتراح التشريعي. بتعبير آخر اذا كان القانون الدستوري يبين لنا آلية العملية التشريعية بدءاً بمبادرتها، فإنه لا يمكن ان يعلمنا كيف ترجمت هذه المبادرة بنصوص معينة يمكن ان تصبح قانوناً. والبحث عن ذلك يخرجنا من ميدان "القانون" الى ميدان السياسة حيث تحدد مصادر الالهام التشريعي.

وبصورة عامة يمكن تحديد ثلاثة "مصادر" اساسية للإلهام التشريعي وهي:

برامج الاحزاب السياسية، تأثير المصالح ودور الحكومة، وكلها تسبح في بحر الرأي العام. ومن الجدير بالملاحظة انه لا يوجد بين هذه المصادر حواجز مانعة، بل هي متداخلة ومتفاعلة. لذلك فإن هذا التمييز للمصادر الملهمة للمشرع، تمليه اعتبارات منهجية تمكننا من تشخيص او محاولة تشخيص القوى الفاعلة في تحديد محتوى النصوص التشريعية. "لكن، يجب ان لا ننسى ان القانون الوضعي، في الواقع، ليس هو المؤدى إلى واحدة منها فقط، فهو نتيجة لمواجهاتها

---

(1) بردو: المطول في علم السياسة، ج٨، ص٤٧٤هامش٦٨.
(2) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٤٧٣.
(3) ذكره: بردو، المطول، ج٨،ص٤٧٤.

ومنافساتها او لتحالفها"[١].

١٣٩ . برامج الأحزاب

في البرامج التشريعية للأحزاب الكبرى توجد ما يمكن ان نسميه العناصر الدائمة، التي تبلور ايديولوجية الحزب ورؤاه للحياة الاجتماعية ومستقبلها.

ففي الاحزاب الاشتراكية، على سبيل المثال، فإن مراقبة رأس المال او توسيع تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي والاجتماعي تكون العناوين الدائمة لمناهجها. الا ان هذه المناهج الاساسية للاحزاب لا تمارس ضغطاً كبيراً على العمل التشريعي الاعتيادي، رغم ان بعض التشريعات الكبرى تكمن وراءها الاختيارات الايديولوجية للاحزاب: التشريعات العائلية في فرنسا، وقوانين التأميمات في انكلترا، مثلاً.

ومع هذا فإنه من النادر ان نجد قانوناً يعكس التصورات الايديولوجية المحضة للاحزاب فهو يخضع في الغالب لمتطلبات المصانعة والتحفظات في الديموقراطيات البرلمانية. اما "....البرنامج التشريعي الاساسي فيكون بالاحرى مناخاً... مرجعية تقدر وتناقش النصوص المقترحة وفقاً لها"[٢].

لذلك فإن العناصر العرضية في برامج الاحزاب تصاغ عادة كمبادرات تشريعية. وهذه العناصر تفرزها المناسبات التي يعتقد الحزب انها ملائمة لتأكيد اهتمامه بناخبيه. ولما كانت هذه العناصر خاضعة للمتغيرات، فإن مثل هذه البرامج تتميز بواقعيتها ومرونتها دون ان تقطع صلتها، بشكل او بآخر، بايديولوجية الحزب. الا إن هذه العناوين العرضية والمتغيرة في برامج الاحزاب هي التي تكون مصدراً مهماً للالهام التشريعي.

والبرنامج المرن والمتغير للحزب يتماشى بشكل جيد مع الرأي العام، فالجزء العقائدي من البرنامج لا يؤثر الا في الحزبيين الملتزمين. ولذلك فإن الوصول الى الجماهير الواسعة للناخبين يفرض ان تكون الحملات الدعائية بمستوى ما يشغل وما يحتاجه الناخبون. "ومن هنا، يقول الاستاذ بردو، فإن البرنامج يتجه نحو الملموس، فللملموس قوانينه المتسلطة التي يمكن ان يهملها التزمت العقائدي، الا ان التكنيك الانتخابي لا يمكن ان يخرقها دون مجازفة. ومن هنا فإن الرأي العام بقدر ما يريد ان يعبر عن نفسه بوساطة الاحزاب يجد السلطة الضرورية لان يسمع"[٣].

اما فيما يتعلق بالمصالح، فإن برامج الاحزاب تتمتع باستقلالية اكثر تجاهها، فهي ترفض بصراحة الخضوع لها وان استقلاليتها في الواقع حقيقية. لكن يجب ان لا يبالغ في هذا التجرد لان الناخب يعرف جيداً، وقت التصويت، الحزب الذي يدافع عن مصالحه[٤].

اما علاقة الحكومة ببرامج الاحزاب فإنها جد قوية، الا ان اتجاهها او معناها يتوقف على العديد من العوامل. "فالقانون، في الواقع، ليس فقط الصيغة القانونية لقاعدة، فهو ايضاً وغالباً...

---

(١) ...دو: المطول، ج٨،ص٤٧٥.

(٢) ...دو: المطول، ج٨، ص٤٧٦.

(٣) ...دو: المطول، ج٨،ص٤٧٧.

(٤) ...ظر: بردو، المطول، ج٨، ص٤٧٨.

سلاح سياسي موجه لاسناد الحكومة او لمعارضتها. فما يهم عندها ليس تأثير القانون في هذا الصنف او ذاك من العلاقات الاجتماعية، بل تأثيره في تكوين الوزارة او تصرف الحكام. والعديد من مقترحات القوانين همها الوحيد هو احراج الحكومة... فهناك ديماغوجية في المقترحات التشريعية غايتها مزايدة الاحزاب على المشاريع الحكومية"(١).

١٤٠. تأثير المصالح

لا شك ان تأثير المصالح يحتل موقعاً مهماً بين مصادر الالهام التشريعي. لكن التقدير الدقيق لهذه الاهمية يثير صعوبات معقدة. ومن اولى هذه الصعوبات الصفة الخفية التي يأخذها تأثير هذه المصالح. ثم انه ليس من السهل التمييز بالنسبة للوسائل التي تعتمدها بين الضغوط المدانة وبين ممارسة الحق الذي تمنحه الديموقراطية لبيان وجهة نظر المواطنين فيما يتعلق بادارة او تصريف الشؤون العامة.

فهل المصالح هي "اوضاع مادية" خاصة تتعارض مع المصلحة العامة ام هي منافع اقتصادية يراد ضمانها لطائفة من الافراد بواسطة القانون الوضعي؟ ربما هذه التعاريف، التي تبغي اعطاء صفة مميزة "للمصالح" ، على انها المنافع التي يريدها او يبحث عنها البعض، لا تفي بالغرض المطلوب من الناحية العلمية. لهذا يرى الاستاذ بردو ان "المصالح لا تصبح قوة اصيلة... الا من اللحظة التي تنزع فيها الى اشباع متفرد او لا يتناسب مع موقعها الحقيقي في الجماعة... (نعم)... ان اهمية هذا الموقع يمكن ان تكون محل نقاش لكننا نمتلك... معياراً موضوعياً يساعدنا على معرفة ما اذا كان مبالغاً فيه ام لا، ... فمن اللحظة التي تكون فيها هذه المصالح، حتى اذا كانت مشروعة تماماً، في مبدأها، تتجمع في تنظيم موجه لتحقيق تميزها او حتى... الدفاع عنها، فإنها تلبس ثوب الامبريالية فتتجاوز اهدافها قيمتها الذاتية"(٢).

والوسائل او التكنيك الذي تلجأ اليه "فئات المصالح" هذه، يختلف وفقاً لموضوعها واهمية الموارد التي تملكها والمناخ السياسي العام في البلد. الا ان تأثيرها لا تكون له النجاعة المطلوبة ما لم يتزاوج مع المصادر الاخرى للالهام التشريعي، وخاصة مع الاحزاب السياسية.

حقيقة ان التطور المعاصر قد فك الارتباط، ان صح التعبير، بين المصالح والاحزاب والتي كانت اكثر تواصلاً فيما مضى. الا ان هذا الواقع ليس بالوضوح التام في كل مكان، كما ان تفسيره ليس واحداً بالنسبة للبلدان وللاحزاب. فحجم الحزبين، في الولايات المتحدة، مثلاً، وخضوعهما للمتغيرات المحلية، يجعل من الصعب عليهما التضامن المستمر مع هذه او تلك من "فئات المصالح". فقد قيل ان "الحزب الديموقراطي والحزب الجمهوري.... هما ترتيب بين ٤٨حزباً في الولايات المتحدة والتي يهيمن عليها، وفقاً للظروف، الليبراليون او المحافظون او الزراعيون او العمال... "(٣).

(١) بردو: المطول، ج٨، ص٤٧٨-٤٧٩.

(٢) بردو: المطول، ج٨، ص٤٨١.

(٣) انظر: بردو، المطول، ج٨،ص٤٨٣.

اما في اوربا فإن عقائدية الاحزاب تقف حاجزاً ضد المصالح. فالاحزاب الكبرى تجسد مفهوماً او رؤية معينة لتنظيم العلاقات الاجتماعية، وبالتالي فإن هذه "الفلسفة" تجعل من الصعب ان تستغل الاحزاب من قبل المطامع الخاصة. لكن اذا كانت المصالح "مستسلمة" امام الاحزاب، فإنها تمارس تأثيراً في شخصياتها، فهي تتحرك ضد "البرلمانيين" منفردين دون الاهتمام بولاءاتهم الحزبية. ويكفي لاظهار هذا التأثير ان نشير الى قوة "فئات الضغط" الاميركية، مما حدى ببعض الكتاب الى القول بأن مشاريع القوانين (Les Bills) التي يصوت عليها الكونغرس تجد اصلها، في اغلب الاحيان، عند فئات الضغط وليس عند الاحزاب او الادارة.

اما في فرنسا فإن "لجنة زراعة الكروم" في الجمعية الوطنية تجمع اكثر من مائتين نائب.

والتجربة تثبت بأنه اذا كانت المصالح تصل الى خلق تيار في المجالس النيابية متعاطف او مضاد لمشروع قانون، فإن هذا التأثير لا يرضي متطلباتها، فهي بحاجة الى مبادرات وافعال اكثر تنظيماً، وهذا ما يدعوها لان تمارس ضغوطاً على هيئات اكثر ضيقاً، كمكاتب المجالس واللجان البرلمانية حيث تناقش هذه المشاريع. فالعمل في اللجان يمكن ان يكون في صالح المصالح المنظمة. وهذا ما تؤيده، منذ زمن، الممارسات الاميركية واكدته ممارسات النظام الايطالي، الذي، في بعض الحالات، يمنح اللجان سلطة اتخاذ القرار، الامر الذي يؤيده اغلب الكتاب الايطاليين[1].

وحين نعرف اهتمام بعض الفئات الاقتصادية، في فرنسا، باختيار رؤساء ومقرري اللجان البرلمانية، يمكن ان نستخلص من ذلك انه حتى اذا كانت هذه اللجان لا تملك الا اختصاصاً استشارياً، فإن تركيبتها ليست بغريبة عن المنافع التي تنتظرها بعض الفئات من نشاطاتها.

ان "عقائد الحزب يمكن ان يكون لها ثوابتها (لكنها) لا يمكن ان تمنع عبودية الحملات الانتخابية، فبالرغم من الحواجز التي يقيمها نظام الاحزاب في داخل التمثيل النيابي، فإن الدفاع عن المصالح ينسج بين الفئات (البرلمانية) خيوطاً دقيقة من التعاطف والتواطؤ. فهناك قوانين لا يجرؤ أي حزب على أن يقترحها ولكنها مع هذا تحظى بالموافقة، وهناك اخرى لا يمكن معارضتها علناً، ومع هذا فإنها ترفض"[2].

١٤١. دور الحكومة

يمكن القول ان دور الحكومة في الالهام التشريعي ليس تلقائياً واصلياً، بل هو يعتمد الى حد كبير على برامج الاحزاب، متطلبات الرأي العام وضغط المصالح. لذلك اذا كان للحكومة دور ضمن مصادر الالهام التشريعي، فليس لانها تطرح عناصر موضوعية يمكن ان تكون مضمون قانون وضعي، بل بقدر ما تعطي شكلاً، ان صح التعبير، لمعطيات ولدت عن المصادر الاخرى. لكن اذا كان الاقتراح التشريعي يعود اليوم الى الحكومة، فيمكن التساؤل عن مدى مكنة الحكومة في ان تضفي طابعها الخاص على الرغبات والمطالب التي تنزع الى الاعتراف بها او تطمن بوساطة

---

(1) وقد لخصه احدهم بالقول: "لقد ثبت بأن المصالح المحلية وحتى الشخصية المحضة يمكن ان تؤثر بنجاعة كبيرة في الاطار الضيق للجنة: فالتخصص التكنيكي لاعضاء اللجنة يمثل تخصصاً في تمثيل المصالح... اكثر من كونه اختصاصاً في الجدارة".

(2) بردو: المطول، ج٨، ص٤٨٤.

القانون الوضعي في ظل النظام الديموقراطي الذي يعطي مكنة التعبير لكل القوى الاجتماعية او الاتجاهات السياسية؟

الا ان دور الحكومة ليس في ان تبتدع بل في ان تختار او تكون حكماً. وقد يقال ان الحكومة مؤهلة لان ترعى المصلحة العامة. لكن "الحكومة لا يمكن ان تمتلك قوى اخرى غير تلك التي تريد ان تمنحها لها الاحزاب، الرأي العام او المصالح. فهي يمكن ان تكون حاذقة حين تضرب الواحدة بالاخرى، لكن الحل الذي تقترحه لا يملك الا السلطة التي تقبل (هذه القوى) ان تعترف لها بها"[1].

لذلك فإن اولوية المصلحة العامة هي مسألة قوة، كما ان قوة الحكومة تتناقض مع سعة قاعدتها. فكلما كانت تركيبتها متعددة وواسعة، كلما كان البرنامج التشريعي للحكومة معرضاً للشلل. فطالما لا يضع القانون الا قواعد ذات طابع عام جداً، فإن الحكومة تستطيع ان تتجاوز بعض المقاومات المحدودة. لكن منذ اللحظة التي تمتد نصوص القانون الى قطاعات واسعة من المجتمع، فإنه سيمس مصالح اكثر ويخيب الكثير من الطموحات ويناقض الكثير من الرغبات.

وعندها فإن التناقض الداخلي للديموقراطية يظهر بكل ابعاده المأساوية: فكلما كثرت مطالبها من القانون، كلما تعددت العوائق امام المشرع[2].

"ومن المعروف جيداً، يقول الاستاذ بردو، ان قلة من الميادين يكون فيها هامش الشرخ واسعاً بين النظرية والتطبيق، مثلما هو موجود في اجراءات اقامة القانون. فكل شيء يتوقف على الظروف وعلى عدد وطبيعة الاحزاب في السلطة، ووضع البلد، وعلى موضوع الاجراءات الواجبة الاتخاذ... (ولذلك) اذا انتقلنا من الملاحظات العامة الى تحليل الواقع، فاننا نقر ان الاجراءات التي تتبلور فيها مقاصد الحكومة هي جد بعيدة عن الوصف الذي يقدمه لنا الكتاب الكلاسيكيون عن اقامة القانون"[3].

ثالثاً- التكنيك التشريعي

١٤٢. توطئة وخطة

يرى الفقيه الالماني سافيني ان القانون يتضمن عنصرين: الاول ذو طبيعة سياسية حين نواجه القانون كجزء من الحياة العامة للشعب، والثاني ذو طبيعة تكنيكية حين نرى فيه عملاً علمياً يقوم به القانونيون. وهذا يعني ان هناك تمييزاً اساسياً بين السياسة التشريعية والتكنيك، أي تمييزاً بين المادة والشكل.

وعليه فإن دراسة ما يجب ان يكون مضمون وهدف القاعدة القانونية يعود الى السياسة القانونية، اما دراسة "شكل" القاعدة القانونية فإنها تعود الى التكنيك التشريعي. الا ان تعبير

---

(١) بردو: المطول، ج٨، ص٤٨٦.

(٢) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٤٨٦.

(٣) بردو: المطول، ج٨، ص٤٨٥-٤٨٦، وانظر: ص٤٨٧-٤٩١.

"شكل القاعدة القانونية" يجب ان لا يؤخذ بمعناه الضيق (وسائل التعبير عن القاعدة) فموضوع التكنيك التشريعي اكثر سعة لانه يتضمن دراسة مجموع الوسائل التي بواسطتها تترجم القاعدة القانونية الهدف الذي اتبعته السياسة التشريعية. لذلك فإن التكنيك التشريعي هو فن الوسائل القانونية التي تمكن من بلوغ الهدف الذي تريده السياسة القانونية[١].

فالتكنيك التشريعي يلعب، اذن، دوراً مهماً في اقامة القاعدة القانونية. كما ان له دوراً لا يقل اهمية فيما يتعلق بتفسير القواعد القانونية من قبل الفقه والقضاء والادارة[٢]. فالتكنيك التشريعي يهدف الى جعل النظام القانوني مفهوماً من قبل اعضاء الفئة الاجتماعية وبالتالي اعطاءه منحى عملياً.

بناءً عليه فإن للتكنيك دوراً لا ينكر في ميدان اقامة القواعد القانونية: التشريع. وهذا الدور المهم للتكنيك التشريعي يتجلى في ضمان مهايأة القاعدة مع الاهداف التي يجب ان تحققها وكذلك ضمان النتائج التي تترتب على القاعدة بحيث ان كل فرد يستطيع ان يتوقع هذه النتائج ويعول عليها. فما يراد اذن من التكنيك التشريعي هو المهايأة التامة للقاعدة مع الهدف المراد تحقيقه وان تكون هذه القاعدة اكيدة.

"وهذه صفات بفضلها يكتسب القانوني معنى ما هو ممكن في القانون، لأنه بهذه الشروط فقط ستكون القاعدة قابلة للتطبيق فعلياً. ولا يمكن ان نقلل من اهمية التكنيك... في بلورة قواعد القانون، لان كل ضمان الحقوق يتوقف عليه"[٣].

ومسألة التكنيك التشريعي كانت محل اهتمام بالغ من قبل العميد جني حيث كرس لها مؤلفاً من أربعة اجزاء: "العلم والتكنيك في القانون الخاص الوضعي". وقد وقف طويلاً عند شروط ولادة القاعدة القانونية ودور "العلم والتكنيك" في ذلك.

وقد كان لمذهب جني تأثيره البالغ في الاوساط القانونية في فرنسا وخارجها، كما انه يمثل صفحة مهمة في سجل الفكر القانوني وفلسفته. لذلك يتوجب الوقوف عنده، بعد اعطاء فكرة عن التكنيك التشريعي.

(أ) فكرة التكنيك التشريعي

١٤٣ . دور التكنيك التشريعي

وبعد ان يتم الاختيار السياسي، أي بعد تحديد الاهداف والغايات التي يجب ان يحققها القانون الوضعي، يجيء دور الفنيين (رجال القانون) لصياغة الحلول التي تم تحديدها او الاتفاق عليها، وعندها ندخل، بالمعنى الدقيق للكلمة، في ميدان الصياغة القانونية او صياغة القانون

---

(١) انظر: روبيه، النظرية العامة للقانون، المرجع السالف الذكر، ص٨٦ – ٨٨.

(٢) فالصياغة السيئة للنص مضرة لانها تخلق التردد في تطبيق وتفسير القانون، أي انها تخل بحياة القانون. (انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٣٠٨).

(٣) روبيه: النظرية العامة للقانون، ص٨٩.

الوضعي. ويبرز هنا دور "التكنيك التشريعي La Technique Légilative"، اذ عليه ان يحول الاتجاهات او الاهداف العامة، وغالباً ما تكون غير محددة ومبهمة، الى قواعد قانونية من شانها ان تحدد سلوك الافراد. فالعملية ليست بالسهلة، اذ يجب الانتقال من عالم الفكر الى عالم الواقع، من عالم الخطة الى عالم التطبيق واحكام السلوك في المجتمع. وهذا يتطلب، كما قيل، التقاط المفاصل الحساسة للحقيقة الاجتماعية واعطاءها حدوداً معينة تثبتها وتجعل منها اطراً صلبة للحياة.

فالتكنيك التشريعي من شأنه تبسيط الأوجه المختلفة، والصعبة التحديد، للحياة الاجتماعية وحبسها في اطر وصياغات ثابتة. وعليه فإن الناحية العملية والتبسيط الذي لابد منه في التكنيك او الصياغة التشريعية، قد يتنازع مع التعقيد الطبيعي للاشياء والحياة. فكيف نحبس الحياة النابضة والروابط الانسانية المتغيرة في قواعد جامدة تكاد تكون ميكانيكية. وعندها الا نقع في محذور تغليب الوسيلة على الهدف وتغليب الشكل على المضمون. فالقانون يعيش "صراعاً، الذي هو مأساة كل علم، بين المعرفة التي تنشد حبس كل الواقع في شكل قابل للادراك وبين الحياة الخلاقة باستمرار لحقائق جديدة والتي تتجاوز باستمرار قابلية الادراك"[1].

١٤٤ . طرق التكنيك التشريعي

وبغية تحقيق الدقة التي تستبعد كل امكانية للتحكم وتعطي الضمانات، بالتالي، للافراد، فإن المشرع يعمل على تحويل اهداف معينة ذات حدود غير واضحة، الى اوامر قاطعة ذات حدود ثابتة تماماً[2]. فعند تقدير الامكانات العقلية للشخص التي بمقتضاها يصبح اهلاً للتصرف والالتزام القانوني، فإن المشرع لا يدع للتقدير حالة كل شخص وفقاً لنضجه المبكر او المتأخر وتربيته وثقافته، بل يحدد رقماً او سناً محددة اذا بلغها الشخص اصبح اهلاً. فقد حدد المشرع العراقي مثلاً، سن الرشد بأنها "ثماني عشرة سنة كاملة" (القانون المدني، م١٠٦). فموقف المشرع لم يحقق الهدف (تحديد اهلية التصرف) الا بصورة عامة، لكنه موقف فرضته ضرورات الحياة العملية حيث افترض المشرع ان اكمال الثامنة عشرة في العراق (وهذا هو الغالب) يؤهل الشخص لان يعي ويدرك ويقدر مصلحته بشكل جيد ومعقول.

وهذه الصياغة المحددة و"الجامدة" قد تحد من بعد القاعدة القانونية، فما نكسبه من دقة قد نفقده في البعد. فنص المادة ٥٩٤ من القانون المدني الفرنسي، مثلاً، يقضي بأن على المنتفع ان يستبدل الاشجار المثمرة التي تلفت بأخرى. فالنص هنا محدد لكنه اضيق (في بعده) من نص المادة ٧٦٤ من القانون المدني السويسري التي الزمت المنتفع بالحفاظ على جوهر الشيء وان يقوم بالاصلاحات والترميمات الاعتيادية التي تتطلبها الصيانة.

(١) R.Hubert: Science Du Droit, Sociologie Juridique Et Philosophie Du Droit, A.P.D. 1951, No 1- 2, P.47.

(٢) انظر: روبيه، النظرية العامة للقانون، ص١٠٩.

في الحقيقة اذا كانت النية متجهة الى حصر كل الحالات الممكنة او المتصورة في بناء ثابت ومتين، عندها يجب الاكثار من النصوص الخاصة. الا ان عيب هذه الطريقة او التكنيك هو الاكثار من النصوص من ناحية والقصور الحتمي من ناحية اخرى. فمهما كانت العناية او الحيطة كبيرة في توقع كل شيء، فاللامتوقع سيظهر دائماً. فالواقع اكثر خصباً واكثر نزوة من عقل اكبر القانونيين كما يقول الاستاذ دباسكيه[1]. اما اذا لجأ التكنيك التشريعي الى النصوص العامة التي تصوغ مبادئ عامة يمكن ان تستوعب بسطور معدودة حالات جد متنوعة وتغطي مجالاً واسعاً، فإنها اقل تعرضاً لخطر القصور. ولكن عندها سيقل التحديد وتضعف الدقة وتزداد "المفاهيم المرنة".

والحق يقال انه من الصعب، في هذا المجال، اعطاء رأي قاطع في التفضيل بين هذه الطريقة او تلك من طرق التكنيك التشريعي. فالمسألة تتعلق بطبيعة المادة موضوع المعالجة وبالمستوى الثقافي والقانوني للمشرع والمطبق، وبتطور فن الصياغة القانونية. فالمسألة تكاد تكون نسبية والمشرع الاحسن هو الذي يوفق في ترجمة الافكار والاهداف والاختيارات بوضوح تام في نصوص تستوعب الحقيقة المعقدة المتغيرة ابداً. لذلك فإن صياغة النصوص او القواعد القانونية تعهد دائماً الى المختصين وليس الى المجالس التشريعية او النيابية برغم وجود "لجان قانونية" فيها. فهذه المجالس تهتم بالاهداف والحاجات الاجتماعية والاقتصادية التي تلمسها ولكن ترجمتها القانونية قد تكون، وتكون في الغالب، على حساب الدقة والفن التشريعي.

وفي العراق فإن مجلس شورى الدولة هو المختص، بموجب المادة ٤ من قانونه الصادر عام ١٩٧٩، بالتقنين في ضوء السياسة التشريعية للدولة. ويسهم "في ضمان وحدة التشريع وتوحيد اسس الصياغة التشريعية وتوحيد المصطلحات والتعابير القانونية" (م٥).

وقد حقق التكنيك التشريعي، في العراق، نهضة كبيرة منذ بداية الربع الاخير من القرن العشرين. ونجد المستوى العالي للتكنيك او الصياغة التشريعية في القوانين التي اعدت او صدرت لاصلاح النظام القانوني في العراق.

١٤٥ . تطور التكنيك التشريعي

والقوانين الوضعية تختلف من حيث سعتها أي من حيث نطاق العلاقات الاجتماعية التي تنظمها. فقد تنصب على تنظيم قطاع كامل من العلاقات او تشمل قطاعات واسعة. والقوانين التي تنصب على تنظيم نوع معين من العلاقات والنشاطات الاجتماعية او على قطاعات متعددة يطلق عليها اسم "المدونة lecode". ففكرة التوحيد والتنظيم والمنهجة في قطاع معين او في عدة قطاعات، بدلاً من وجود عدد مهم من القوانين المتناثرة وربما المتناقضة، هي التي تكمن وراء فكرة او مفهوم "المدونة"، عندها يقرر المشرع (صاحب القرار السياسي) دمج كل هذه القوانين

---

(١) دباسكيه: المدخل الى النظرية العامة والى فلسفة القانون، ص١٨٤.

ويقول بورتاليس (احد ابرز واضعي مدونة نابليون): "لقد احترزنا من الطموح الخطر الذي يريد ان ينظم كل شيء ويتوقع كل شيء... فالمدونة مهما ظهرت على انها كاملة، فانها ما تكاد ان تنجز الا والف مسألة غير متوقعة تطرح على القاضي". (ذكره: باتيفول. مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص٢٣٦، هامش ٢٤٠).

المتناثرة والصادرة في اوقات مختلفة في قانون او "مدونة" واحدة تشمل، بشكل منهجي، جوهر هذه القوانين مع تعديلها وتكميلها وتوحيدها، ليخرج بكل متناسق وموحد فكرياً ومنطقياً وتكنيكياً. ومن اشهر واهم المدونات في العصر الحديث "مدونة نابليون" الصادرة عام ١٨٠٤.

والاقدام على اعداد "المدونة" يفترض في الواقع، وجود تطور ونضوج في ميدان القانون من حيث المفاهيم ومن حيث الممارسة العملية ووجود فقه متطور وبلوغ مرحلة متقدمة ايضاً في التكنيك التشريعي، لاجل الوصول الى نظام منسجم خال من التناقضات وواضح ومحدد في صياغاته. فلابد اذن من نضج قانوني: في الفكرة والتكنيك بحيث يمكن الاختيار، في الموقع المناسب، بين استعمال المفاهيم المجردة او الملموسة او بين القواعد الجامدة المحددة او المرنة العامة، وكل هذا لا يتحقق بدون مستوى عال من الثقافة والتكنيك القانوني، الذي نجده، على سبيل المثال، في مشروع القانون المدني العراقي.

(ب) العلم والتكنيك

١٤٦. مذهب جني

ينطلق العميد جني من التمييز بين "المعطى le Donné" و"المبني leconstruit"، لأنه "يجب... دائماً التمييز في طرق بحثنا بين ما يتعلق بالواقع... وبين ما هو مضاف الى الطبيعة عن طريق الرموز والمصطنعات، لان العنصر الاول يفرض على بحوثنا، بينما بالنسبة (للعنصر الاخر نبقى مسيطرين الى حد كبير"[١].

ويوضح العميد جني فكرته فيقول: "ان نشاط القانوني... يتأرجح بين قطبين متميزين اقترح تسميتهما المعطى والمبني. فتارة نحن بصدد اقرار... ما تظهره "الطبيعة الاجتماعية"... لنصل الى قواعد عمل ذات اساس اكثر صلابة طالما تتضمن اقل ما يمكن من الاصطناع والتحكم. وهذا ما اسميه المعطى الذي يجب ان يكون القاعدة القانونية كما تنجم عن طبيعة الاشياء وقدر الامكان في حالتها الخام.

وتارة أخرى فإن العمل الواجب التحقيق، انطلاقاً من المعطيات الطبيعية المسلم بها، ينهج الى صياغتها، والى تغييرها او تخفيفها وتكييفها وفقاً لحاجات... النظام القانوني الذي اعدت له. ونتيجة هذا المجهود... وليد الاصطناع والذي يمارس على الطبيعة باجراءات مناسبة تجد اصلها في القوى الشخصية للانسان، يمكن... ان تسمى المبني، لانه بواسطة عمل ذاتي تماماً يتجه الى جعل القاعدة الخام مبدأ يمكن ان يندمج في الحياة ويدفعها نحو اهداف عليا للقانون"[٢].

وهذا يعني ان الواقع الاجتماعي يتضمن مجموع القواعد القانونية التي هي نتاج لطبيعة الاشياء، أي ان "القانون الموضوعي" هو مجموع القواعد القانونية التي تنجبها الحياة الاجتماعية.

---

(١) F.Gény: Science Et Techniqe En Droit Privé Positif. TI.Paris. Sirey.1914.P.87.

(٢) جني: العلم والتكنيك في القانون الخاص الوضعي، ج١، ١٩١٤، ص٩٦-٩٧.

إلا ان العميد جني وان كان ينطلق في مذهبه من التمييز بين "المعطى" و"المبني"، فإنه نادراً ما يستعمل هذه المصطلحات ويفضل استعمال مصطلحي "العلم" و "التكنيك" وهما عنوان كتابه. واختياره لهذه المصطلحين لم يكن اعتباطاً، فهو يعطيه التبرير الآتي:

"... واذا بحثنا الآن نقل هذا التمييز (بين المعطى والمبني) الى مصطلحات تترجم الفرق بين مواضيعها، فإني اقترح... الفصل، في القانون الوضعي، باعتباره المادة لبحث القانوني، (بين) العلم والتكنيك... ويظهر لي ان تعبير "العلم" مقابل "التكنيك" يبرز تماماً امكانية ادراك اقامة مسائل القانون بدون اصطناع والاتجاه اساساً الى اقرار معطيات الطبيعة والوقائع. واذا كان... الكلام عن "تكنيك" القانون، يظهر اننا ندخل فكرة المهنة ان لم يكن آلية تطبيق، فأنني لا ارى، مع هذا ان أي مصطلح اقدر على أن يحدد المجهود الخاص، وبمعنى من المعاني، المهني، الذي نحن بصدد تخصيصه، والذي يأخذ في النظام القانوني، بروزاً يدرك كما انه له اهمية بالغة"(1).

فالعميد جني يميز اذن بين البحث العلمي وبين الوسائل الفنية التي يصفها بالرموز والاصطناعات. ومن هذه الرموز وهذه "الاصطناعات" تحتل "المفاهيم" الصدارة. وهذه المفاهيم "...تظهر... كنتيجة للمجهود العقلي بغية ادراك... الجوهر المنطقي للاشياء"(2). لكن ما هو دور هذه المفاهيم في القانون؟

يجيب العميد جني قائلاً: "المفهوم لا يمكن ان يستعمل الا كاجراء اصطناعي، كوسيلة تكنيكية محضة، لصياغة الحقائق القانونية وبشرط ان لا ننسى بأنه اذا كان المنطق يستطيع في بعض الاحيان المساعدة في تنظيم الحياة، فإن هذه تعلو عليه دائماً، بفضل تعدد وتنوع متطلباتها"(3).

١٤٧. تقدير

رأينا ان السياسة التشريعية تتضمن عملاً مزدوجاً: معرفة او الالمام بمعطيات الحياة الاجتماعية من جهة، واقامة القاعدة القانونية المناسبة من جهة اخرى. والعمل الاول هو عمل "علمي"، اما الثاني فهو عمل "فني".

ويمكن القول ان ذلك يتماشى مع التمييز الذي اقامه العميد جني بين "المعطى" (ما له علاقة بطبيعة الاشياء). وبين "المبني" (تحقيق القاعدة القانونية). و"المعطى"، وفقاً للعميد جني يكون مادة العلم، اما "المبني" فهو من باب التكنيك. لذلك فإن التمييز بين المعطى والمبني هو التمييز بين "العلم" و"التكنيك"، وهذا هو، كما رأينا، عنوان كتابه الضخم.

إلا ان العميد جني قد اعاب معنى "المعطى" حين ادخل في دراسته عناصر لا تعود إلى مجرد الملاحظة العلمية. فهو يميز بين أربعة انواع من معطيات الحياة الاجتماعية(4).

---

(1) ...ني: العلم والتكنيك، المرجع السالف الذكر، ج١، ص٩٨-٩٩.

(2) ...ي: العلم والتكنيك، ج١، ص١٤٨.

(3) ...ي: العلم والتكنيك، ج١، ص١٤٩.

(4) ...ر: جني، العلم والتكنيك، ج٢، ص٣٦٩وما بعدها.

ـ المعطيات الواقعية Les Données Réeles، وهي الظروف المادية التي توجد فيها "الانسانية". وهي، بعبارة ادق، معطيات الطبيعة سواءاً تعلقت بالطبيعة الفيزياوية (المناخ، انتاج الارض) أم بطبيعة الانسان (التكوين التشريحي والفيزيولوجي والتطلعات الاخلاقية...الخ). وفي هذا المجال نكون بصدد "طبيعة الاشياء" التي تفرض على كل الارادات.

ـ المعطيات التأريخية، وهي ليست كالمعطيات الواقعية، مادة "خام وبالتالي سلبية" للتنظيم القانوني، بل هي نتاج عمل غامض يرافق تطور العالم، ويعطي اطاراً من الاحكام لا يمكن للانسانية التحرر منها الا بصعوبة. وهذا لا يعني ان القانون يجب ان يتجنب كل تجديد الا ان سطوة السوابق المستندة الى التجربة لا يمكن تجاهلها. ويعطي العميد جني مثلاً للمعطيات التأريخية، وهو القواعد المتعلقة بالملكية الفردية او الميراث.

ـ المعطيات العقلية، وهي مجموع الاحكام التي يفرضها العقل وتفترضها طبيعة الانسان. انها، كما يقول العميد جني، المبادئ التي تنجم عن التقديرات العقلانية لعناصر العلاقات القانونية.

ـ المعطيات المثالية، وهي التي تركز، على ما يظهر، كل التطلعات الانسانية بقصد التطور الدائم للقانون الوضعي.

ويُلاحظ على ان "المعطية العقلية"، بعكس المعطية الواقعية والمعطية التأريخية (اللتان تكونان مادة للملاحظة العلمية)، هي ليست الا جوهر مضمون القانون الطبيعي بمعناه الكلاسيكي والتي يعطيها العميد جني دوراً مهيمناً في تكوين القانون. ولكن في هذه الحالة نخرج من ميدان الملاحظة العلمية لندخل في ميدان اقامة القاعدة القانونية. وبينما كنا بالنسبة للمعطيتين الاولى والثانية في ميدان المعرفة المفسرة، فإننا مع هذه المعطية، سنكون في صميم العمل "السنني": اذ اننا سنكون، استناداً الى العقل، على صعيد ماذا يجب ان تكون القاعدة القانونية.

اما بالنسبة للمعطية المثالية، فإنها لا تمثل وقائع ملموسة ولا مكتسبات تاريخية، ولا حتى مستلزمات عقلية. فهي مجرد نزعات نحو تنظيم مطلوب للعلاقات القانونية. فهي بخلاف المعطية العقلية لا يمكن ان تكون عالمية ولا ثابتة، لانها تتأتى من قوى غامضة ترجع الى المعتقدات، المشاعر واللمحات الدالة.

ويعترف العميد جني بأنه من الصعب اعطاء صفة علمية لهذه المعطية، فهي اقرب الى التكنيك او تؤدي اليه[1].

ويقر الاستاذ باتيفول "الفشل الذريع" لكل محاولة لتعريف التكنيك القانوني، قائلاً: "لقد كتب جني كتاباً في اربعة اجزاء حول موضوع "العلم والتكنيك في القانون الخاص الوضعي"، دون ان يكون من الممكن استلال أي خلاصة منه غير ضرورة مهايأة القواعد القانونية مع تعدد وتنوع الاوضاع الفعلية، مهايأة من شأنها ان تكون من عمل "التكنيك". ومن المستحيل ان نرى بماذا وفي أي مرحلة تتميز هذه العملية عن الاجراء... التقليدي والثابت لتطبيق القواعد القانونية العامة على الحالات الخاصة".

---

(1) انظر: روبيه، النظرية العامة للقانون، ص١٩٤-١٩٥.

ويرى الاستاذ باتيفول ان التكنيك في المفهوم المتعارف عليه هو تنظيم لوسائل في سبيل هدف، الا ان "جني... لا يعطي لفكرة الهدف الا قيمة... لا تعني شيئاً تقريباً، الامر الذي يجعل من الانفراق بمكان الحاحه على فكرة التكنيك ويفسر ما يمكن ان نسميه فشل مجهوده في هذه الناحية".

ومع هذا فإن هذا المجهود احدث تأثيراً واضحاً في القانون وغيره تحت اسم "التكنيكية la Technicité" انعكست في مفردة لغوية.

فاللغة الدارجة تتكلم عن مصطلحات تكنيكية، والبعض يتكلم عن افكار ومفاهيم وحتى عن مبادئ تكنيكية. لكن "اذا كان فرع للمعرفة يعمق ميداناً معيناً ويستخلص مواضيع للتفكير ومن اجلها يحتاج إلى صنع مفاهيم وكلمات، فإن ذلك ليس إلا مسعى عاماً تماماً للادراك الذي لا علاقة له مع التكنيك بالمعنى الاصيل والمعرف بأنه الوسائل التي تنظم بغية احداث نتيجة في ميدان (معين)"(١).

رابعاً ـ الاجراءات التشريعية

١٤٨ . اقتراح القانون

اذا بقينا في اطار ومعطيات الديموقراطية الليبرالية(٢)، فإننا نقر، في الازمنة الحديثة، هيمنة واضحة للمقترحات الحكومية لمشاريع القوانين.

واذا كانت الديموقراطية، في روحها على الاقل، تستبعد اعطاء مقترحات القوانين لـ"السلطة التنفيذية"، فإن القانون الدستوري المقارن ينبئنا بأن هذه المقترحات اما ان تعود حصراً الى المجالس التشريعية واما ان تقتسم هذه المبادرة بين الهيئة التشريعية والحكومة. لكن ما ذا يقول الواقع الفعلي في هذا المجال؟

لنرى ما هو الحال بالنسبة للانظمة التي تعطي هذه المبادرة للمجالس التشريعية فقط. وهذا يدعونا الى الوقوف عند نظامين يتبنيان ذلك: "نظام الجمعية" ان صح التعبير(٣)، ونظام يتبنى فصلاً حاداً بين السلطات.

ففي سويسرا (التي تتبنى نظام الجمعية، نظرياً على الاقل)، فإن السلطة التشريعية تعود الى "الجمعية الفيدرالية"، الا انها تترك تحضير كل "القرارات" الفيدرالية لـ"المجلس الفيدرالي". فالجمعية الفيدرالية تتجنب اتخاذ اقتراحات او مبادرات تشريعية بشكل رسمي، ولهذا فإنها تتبنى مقترحاً تحدد فيه المبادئ التي يجب ان يحققها المجلس. لذلك فإن اعضاء هذا المجلس رغم كونهم ليسوا اعضاءً في الهيئة التشريعية، فإنهم يعرضون امامها النصوص المقترحة ويسهمون في مناقشتها. وهذا يعني، في الحقيقة والواقع، هيمنة الحكومة في مجال التشريع.

---

١) انظر: باتيفول، مشاكل اساسية في فلسفة القانون، ص٢٤٨.

٢) حول اصول وجوهر الديموقراطية الليبرالية، انظر: منذر الشاوي، الدولة الديموقراطية، المرجع السالف الذكر، ص١٣٧وما بعدها.

٣) حول "نظام الجمعية" انظر: منذر الشاوي، القانون الدستوري، المرجع السالف الذكر، ج١، ص١٧٢ـ١٧٣.

وفي الولايات المتحدة (التي تتبنى مبدأ الفصل بين السلطات) فإن الحق في اقتراح مشاريع القوانين يعود، من الناحية الدستورية المحضة، الى المجالس التشريعية. الا ان الواقع يقول بأن المبادرة التشريعية هي في قبضة "السلطة التنفيذية". صحيح انه من الناحية الشكلية الدستورية فإن اعضاء الكونغرس وحدهم يطرحون مشاريع القوانين، الا انهم يقومون في اغلب الحالات بدور الوسيط للادارة حيث يقومون بتقديم مشاريعها[1].

ان تفسير الفرصة الضئيلة التي تتمتع بها الاقتراحات التشريعية غير الحكومية، يعود الى سببين: فني وسياسي.

والسبب الفني او "التكنيكي" مرده تعقيد القوانين في الازمنة المعاصرة، التي تحتاج لاعدادها ليس فقط "التصور المبدع" لعقلية سياسية، بل ايضاً الى اختصاصات اقتصادية وخبرة في العديد من العلوم المتعلقة بها. وحيث يفتقد، بصورة عامة، عضو البرلمان (صاحب الاقتراح) هذه المكنة الفنية والخبرات، لذا فإن اقتراحه سوف لا يرقى الى مستوى الاقتراحات الحكومية في الشأن التشريعي. ولكن يمكن ان يقال ان عضو البرلمان، صاحب المقترح، يستطيع ان يستفيد، في اعداد مقترحه، من تعاون مكاتب الدراسة في حزبه ذات الاختصاص المشهود، كما في بريطانيا على سبيل المثال. وهنا يظهر دور العامل السياسي في تفسير ظاهرة المبادرات الحكومية، كما يلقي ضوءاً على طبيعة النظام البرلماني و"نظام الحزبين". فعضو البرلمان، صاحب المقترح، سيتبنى، من خلال تلك المكاتب، وجهة نظر حزبه، وعندها واحد من امرين: فإما ان يكون هذا الحزب في السلطة، وفي هذه الحالة ستنتزع الحكومة مبادرة البرلماني لصالحها، وإما ان يكون الحزب في المعارضة، وبالتالي سيتحمل البرلماني نتائج استبعاد المعارضة، فمن النادر ان تقبل الحكومة مشروعاً غير صادر عنها، لأن سياستها تكون وحدة لا تقبل التجزئة. واذا رأت الحكومة ان القصد من المقترح جدير بالاعتبار، فإنها ستتبناه من خلال نص تتحمل هي مسؤولية اقتراحه.

ومن المناسب ان نلاحظ في هذا الصدد ان الاقتراح (بشكل مشروع قانون) الصادر من اعضاء المجالس التشريعية قد يكون الغرض منه، ويكون بالفعل، احراج او محاصرة الحكومة. وهذا "الانحراف" يظهر بوضوح في النظم البرلمانية، حيث ان رفض او تبني مثل هذا المشروع يؤدي الى طرح مسالة الثقة بالحكومة. وهذا "الانزلاق"، ان صح التعبير، نجده ايضاً في انظمة اخرى غير برلمانية. ففي الولايات المتحدة، على سبيل المثال، غالباً ما يكون القصد من اقتراحات الاقلية، هو احراج الاغلبية او الرئيس[2].

١٤٩ . مناقشة القانون

لسنا هنا بصدد بيان اجراءات مناقشة مشروع القانون من قبل المجالس التشريعية التي تزخر بها مؤلفات القانون الدستوري. فالمهم هو تبيان الفلسفة التي تكمن وراء هذه "المناقشة". فمناقشة

---

١) انظر: بردو، المطول في علم السياسة، ج٨، ص٤٩٢.

٢) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٤٩٣-٤٩٤.

مشاريع القوانين هي جوهر او معيار النظام التمثيلي الليبرالي (١). لذا فإن الوقوف عند "مبدأ المناقشة" وما طرأ عليه من متغيرات في الوقت الحاضر هو اساس المشكلة. ويمكن القول، في هذا المجال، ان مناقشة النصوص التشريعية من قبل المجالس التشريعية النيابية يتم، اليوم، في ظروف لم تعد تتمشى مع اصل مبدأ المناقشة ولا حتى مع متطلبات النظام التمثيلي.

ولعل ذلك يعود الى تغير معطيات المسألة التشريعية التي لم تعد كما كانت حين اقيمت قواعد النظام التمثيلي، ولذلك اسباب، من دون شك، نحاول ان نجملها فيما يأتي:

وفي مقدمة هذه الاسباب التغيير الذي حصل في عدد وطبيعة القوانين. فبناء النظام التمثيلي الذي قام على الفلسفة الليبرالية كان يقضي بأن المناقشة تنصب على عدد قليل من مشاريع القوانين التي لا تتضمن غير قواعد عامة قابلة للمناقشة من قبل غير المختصين. الا ان ازدياد تدخل الدولة في العديد من الميادين وبشكل تفصيلي ادى الى زيادة عدد القوانين بشكل كبير واتسام نصوصها بطابع تكنيكي، الامر الذي ادى، بطبيعة الحال الى زحمة في المجالس التشريعية وعدم اختصاصها.

ولذات الاسباب التي بررت زيادة عدد القوانين، اصبحت هذه، في الازمنة المعاصرة، اداة لسياسة معينة، فهي لم تعد، كما كان في السابق، اداة لتكريس مبادئ سابقة الوجود، بل اصبحت تعبيراً عن ارادة تبغي بناء نموذج معين للبنية الاجتماعية او لتنفيذ متطلبات "المجتمع التكنيكي"، على حد تعبير الاستاذ بردو. وفي هذه الاحوال فإن مناقشة مشاريع القوانين لا يمكن ان تترك لصدف الجلسات البرلمانية، بل يجب ان يكون لها ادارة او قيادة، لا يمكن ان تتحملها غير الحكومة، لان عليها تقع مسؤولية السياسة التشريعية (٢).

الا ان المشكلة التي تثار حينذاك هي: التوفيق بين صلاحيات البرلمان وبين ضرورة المساهمة الفعلية للوزارة في مناقشة النصوص قبل اتخاذ القرار النهائي بشأنها. واذا لم يحصل هذا التوفيق (الصعب بدون شك) فإننا سنكون امام امرين: اما التضحية بصلاحيات المجالس التشريعية في المناقشة لصالح متطلبات "القيادة الحكومية"، واما الاخلال بانسجام ونجاعة العمل التشريعي لغياب السلطة المنسقة.

وهذه المعضلة تضعنا، اليوم، في حيرة في غاية الاهمية لانها تمس في الصميم فكرة او فلسفة النظام التمثيلي البرلماني من جهة، وحسن سير الدولة وتشريعاتها من جهة اخرى. فالقانون مرتبط ارتباطاً قوياً بمجمل خطة الحكومة، وهذا يعني ان القانون يتحدد معناه وفق توجه سياسي عام، وبالتالي فإنه لا يمكن ان يناقش، او تقدر قيمته، في ذاته، وان مناقشة مضمونه يمكن ان تمس مفاهيم وتضع وجود الحكومة في الميزان. وهذا المؤدى يتناقض مع الفكرة الاساسية للنظام التمثيلي التي لا تتضمن ارتباط مصير الحكومة بكل مشروع قانون يناقش في المجلس النيابي. اما اليوم فإن الحكومة لا يمكن ان تبقى محايدة، فوظيفتها تدعوها لان تتدخل ليس فقط في المناقشة

---

١) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٠٠، ٥٠١.

٢) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٠١.

امام ممثلي الشعب، بل ايضا في المناقشات الاولية للمشروع امام الهيئات التي كلفها المثلون بذلك. وعندها: ماذا ستصبح حرية المجالس في تنظيم العمل البرلماني[١].

وعليه فإن الوقوف عند مرحلة "المناقشة" ضمن المسيرة الاجرائية التشريعية، يظهر صعوبات ثلاثة تعانيها الانظمة التمثيلية المعاصرة او العمل التشريعي البرلماني وهي:

. زحم الآلية البرلمانية، نتيجة العدد الكبير لمشاريع القوانين المطروحة.

. صعوبة التوفيق بين "تكنيكية" مشاريع القوانين وبين طريقة مناسبة لمناقشتها برلمانياً.

. ضعف الرقابة البرلمانية اذا تدخلت الحكومة في اجراءات اعداد مشروعات القوانين، حفاظاً على الانسجام التشريعي.

١٥٠ . التصويت على القانون

ان التصويت على القانون او بعبارة ادق مشروع القانون، هو المرحلة الاخيرة في الاجراءات التشريعية. والتصويت على القانون يعود، في الديمقراطية التمثيلية، الى البرلمان. الا ان هناك اعتبارات متعددة فرضتها متطلبات الازمنة الحديثة، من شأنها ان تقلص من اهمية التصويت البرلماني. وهذه "الاعتبارات" تقوم على عدة معطيات لابد من ذكرها لادراك المحمل الحقيقي للتصويت البرلماني على مشاريع القوانين التي تعرض عليه.

فالمبدأ هو: ان الديموقراطية التمثيلية تستلزم استقلال البرلمان في وظيفته كمعبر عن الارادة العامة، الا ان الحرية المطلقة في تصويت البرلمانيين من شأنها ان تعرض للخطر المشروع التشريعي للحكومة، سواء عن طريق رفض مشاريعها، ام تبني مشروع لا تريده الحكومة.

لكن حين اصبح القانون اداة سياسة حكومية، فإن "السلطة" التي تشرع تكون قادرة على تحمل مسؤولية الحكم أي انها "تحد ممّا هو مرغوب بما هو ممكن" وتحقق بين القوانين الانسجام الضروري لقيادة سياسة[٢].

هذا وان وظيفة البرلمان في الدولة الحديثة ليست بعد الان صناعة القوانين، وان البرلمان لم يعد المنافس للحكومة كما كان في السابق، بل هو المتعاون معها[٣]. وتأكيداً لما تقدم يمكن ان نسوق مثلين مستقيين من النصوص والممارسات الدستورية الفرنسية في ظل الجمهورية الخامسة.

ان كثرة التعديلات وتناقضاتها التي تدخل على مشروعات القوانين من قبل البرلمانيين في ظل الجمهورية الثالثة والرابعة، وبغية الحفاظ على الانسجام بين النصوص واستبعاد "المسخ القانوني" الذي تتضمنه بعض القوانين، فقد اعطت المادة٤٤ من دستور ٤تشرين الاول ١٩٥٨، اعضاء البرلمان والحكومة حق ادخال التعديلات على نصوص القانون محل المناقشة. الا ان الفقرة ٣ من هذه المادة نصت على انه "بناء على طلب الحكومة، فإن الجمعية (الوطنية) تقرر بتصويت

---

(١) نظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٠٢.

(٢) نظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥١٨.

(٣) نظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥١٩.

امام ممثلي الشعب، بل ايضا في المناقشات الاولية للمشروع امام الهيئات التي كلفها المثلون بذلك. وعندها: ماذا ستصبح حرية المجالس في تنظيم العمل البرلماني[1].

وعليه فإن الوقوف عند مرحلة "المناقشة" ضمن المسيرة الاجرائية التشريعية، يظهر صعوبات ثلاثة تعانيها الانظمة التمثيلية المعاصرة او العمل التشريعي البرلماني وهي:

.زحم الآلية البرلمانية، نتيجة العدد الكبير لمشاريع القوانين المطروحة.

.صعوبة التوفيق بين "تكنيكية" مشاريع القوانين وبين طريقة مناسبة لمناقشتها برلمانياً.

.ضعف الرقابة البرلمانية اذا تدخلت الحكومة في اجراءات اعداد مشروعات القوانين، حفاظاً على الانسجام التشريعي.

١٥٠. التصويت على القانون

ان التصويت على القانون او بعبارة ادق مشروع القانون، هو المرحلة الاخيرة في الاجراءات التشريعية. والتصويت على القانون يعود، في الديمقراطية التمثيلية، الى البرلمان. الا ان هناك اعتبارات متعددة فرضتها متطلبات الازمنة الحديثة، من شأنها ان تقلص من اهمية التصويت البرلماني. وهذه "الاعتبارات" تقوم على عدة معطيات لابد من ذكرها لادراك المحمل الحقيقي للتصويت البرلماني على مشاريع القوانين التي تعرض عليه.

فالمبدأ هو: ان الديموقراطية التمثيلية تستلزم استقلال البرلمان في وظيفته كمعبر عن الارادة العامة، الا ان الحرية المطلقة في تصويت البرلمانيين من شأنها ان تعرض للخطر المشروع التشريعي للحكومة، سواء عن طريق رفض مشاريعها، ام تبني مشروع لا تريده الحكومة.

لكن حين اصبح القانون اداة سياسة حكومية، فإن "السلطة" التي تشرع تكون قادرة على تحمل مسؤولية الحكم أي انها "تحد ممّا هو مرغوب بما هو ممكن" وتحقق بين القوانين الانسجام الضروري لقيادة سياسة[2].

هذا وان وظيفة البرلمان في الدولة الحديثة ليست بعد الان صناعة القوانين، وان البرلمان لم يعد المنافس للحكومة كما كان في السابق، بل هو المتعاون معها[3]. وتأكيداً لما تقدم يمكن ان نسوق مثلين مستقيين من النصوص والممارسات الدستورية الفرنسية في ظل الجمهورية الخامسة.

ان كثرة التعديلات وتناقضاتها التي تدخل على مشروعات القوانين من قبل البرلمانيين في ظل الجمهورية الثالثة والرابعة، وبغية الحفاظ على الانسجام بين النصوص واستبعاد "المسخ القانوني" الذي تتضمنه بعض القوانين، فقد اعطت المادة ٤٤ من دستور ٤ تشرين الاول ١٩٥٨، اعضاء البرلمان والحكومة حق ادخال التعديلات على نصوص القانون محل المناقشة. الا ان الفقرة ٣ من هذه المادة نصت على انه "بناء على طلب الحكومة، فإن الجمعية (الوطنية) تقرر بتصويت

---

(١) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٠٢.

(٢) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥١٨.

(٣) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥١٩.

واحد على كل او جزء من النص محل المناقشة اخذة بنظر الاعتبار التعديلات المقترحة او المقبولة من الحكومة". وهذا ما اطلق عليه "التصويت المغلق le Vote Bloqué"[١].

واذا كان "التصويت المغلق" يحد من سلطة اختيار الجمعية الوطنية فيما يتعلق بالموافقة على مشاريع القوانين، فإن نصاً آخر في دستور الجمهورية الخامسة اجاز اعتبار مشروع الحكومة قانوناً دون ان توافق عليه الجمعية الوطنية. واذا كان هذا النص يستجيب لضرورة قيادة الحكومة، للسياسة العامة في الدولة المعاصرة، حيث ان القانون هو اداة سياسة الحكومة، الا انه يصطدم، من ناحية اخرى بمبدأ: "القانون تعبير عن الارادة العامة" (المتمثلة بالمجالس التشريعية).

ولكي نفهم الحكمة من هذا الاجراء التشريعي، علينا ان نرجع الى الممارسات التشريعية في ظل الجمهوريتين الثالثة والرابعة الفرنسيتين. ففي ظل هاتين الجمهوريتين كان باستطاعة المجلس النيابي ان يرفض مشروعاً تعتبره الحكومة ضرورياً لسياستها دون ان يؤدي ذلك الى سحب الثقة عنها، غير انها تنسحب من ذاتها[٢].

ولمعالجة هذه الحالة المربكة نصت الفقرة ٣من المادة ٤٩ من دستور الجمهورية الخامسة على ان للوزير الاول، بعد المداولة في مجلس الوزراء، ان يطرح مسؤولية الحكومة امام الجمعية الوطنية بصدد التصويت على نص (و) في هذه الحالة، يعتبر النص قد تمت الموافقة عليه مالم يقدم مقترح بسحب الثقة خلال ثماني واربعين ساعة التي تلي ذلك، على ان يصوت عليه باغلبية الاعضاء المكونين للجمعية الوطنية.

وهذا النص يضع الجمعية الوطنية امام امرين: اما ان تقبل مشاريع الحكومة حتى وان كانت لا ترضيها تماماً، واما ان ترفضها وعندها تعلن صراحة عدم ثقتها بالوزارة. بتعبير آخر، فإن امام الجمعية الوطنية: اما اسقاط الحكومة، لكي لا يصبح مشروعها قانوناً، واما، تجنباً لحدوث ازمة وزارية، ان يصبح هذا المشروع قانوناً دون ان تدلي الجمعية الوطنية بصوتها تطبيقاً للمبدأ الفرنسي التقليدي وهو ان القانون تعبير عن الارادة العامة.

"في الواقع، يقول الاستاذ بردو، هناك ارادة ضمنية ومفترضة مؤيدة لجعل مشروع الحكومة قانوناً. لكنه قانون لا يكون تعبيراً عن الارادة العامة، بقدر ما يكون اظهاراً لاستسلام برلماني"[٣].

---

(١) واجراء "التصويت المغلق" يبغي كذلك تحقيق هدف سياسي وهو تجنيب الحكومة طرح الثقة بها امام البرلمان. فبدلاً من ان تطرح الحكومة الثقة بصدد مشروع قانون تريده، كما كان الحال في ظل الجمهورية الرابعة، فإن لها ان تطلب من الجمعية الوطنية (بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة٤٤) التصويت على المشروع كما قدمته دون امكانية تعديله. وحين يتبين للحكومة اعتراض البرلمانيين او على الاقل تحفظهم على مشروعها، فإنها تضيف له بعض التعديلات وتستبعد التعديلات الاخرى (المقدمة من اعضاء البرلمان)، وعندها تضع البرلمانيين امام الاتي: اما قبول كل المشروع (مع التعديلات المقبولة) واما رفض كل المشروع، الامر الذي يضع البرلمانيين في تناقض مع انفسهم، لان رفضهم يعني استبعادهم لما سبق لهم وافقوا عليه. (انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٢٠).

(٢) وهذه الحالة، يلاحظ الاستاذ بردو، تعطي للنظام البرلماني صورة نظام الجمعية، لان "السلطة التنفيذية" جردت من كل امكانية لتحقيق مبادراتها: فأما ان تنفذ ارادة البرلمان او تنسحب. (انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٢٥).

(٣) بردو: المطول، ج٨، ص٥٢٦.

١٥١ . طرح المشكلة وخطة

ان اقامة القانون، بعد صياغته والتصويت عليه، لا يعني انه اصبح ملزماً للافراد والادارة، فهو لا يصبح كذلك الا بعد ان يكون نافذاً. ولهذا فقد نصت المادة العاشرة من القانون المدني العراقي على ان "لا يعمل بالقانون الا من وقت صيروته نافذاً" . فعلينا اذن، ان نحدد متى يصبح القانون الوضعي نافذاً. الا ان نفاذ القانون يتطلب اولاً اصداره ثم نشره بعد ذلك. وبعد نفاذ القانون هل يبقى كذلك الى ما لا نهاية ام انه من الممكن ان يوضع له حد، وعندها تثار مسألة ديمومة القانون الوضعي.

والمشرع، بعد ذلك، حين يضع قانوناً جديداً، فهل يطبق هذا القانون، بعد اصداره، بالنسبة للمستقبل فقط، ام انه يرجع الى الماضي، وما هي آثاره على الاوضاع القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم؟ اسئلة مهمة تثير مسألة خطيرة الا وهي مسألة: تنازع القوانين في الزمان.

أولاً . الإصدار

(أ) فكرة الإصدار

١٥٢ . معنى الإصدار

ان مشروع القانون الذي يصوت عليه بالموافقة من قبل الهيئات التشريعية المختصة لا يصبح قابلاً للتنفيذ الا بعد قرار يتخذه رئيس الدولة.

وهذا القرار الذي بمقتضاه يصبح القانون قابلاً للتنفيذ هو ما يسمى "اصدار القوانين La Promulgation Des Lois" .

وعليه فإن الاصدار هو الفعل الذي تقوم به الهيئة التي يحددها الدستور لاقرار وتأكيد وجود القانون الذي صوتت عليه الهيئة التشريعية. واثر هذا الفعل هو ادخال القانون في مرحلته التنفيذية، بهذا المعنى ان الاصدار يجعل القانون قابلاً للتنفيذ. فرئيس الدولة يؤكد بالاصدار ان القانون استوفى الشروط التي حددها الدستور بالنسبة للعمل التشريعي، ويوثق بالتالي بصورة رسمية "ولادة القانون" .

والاصدار، في الانظمة الذي لا تعلقه على موافقة رئيس الدولة لا يكون "امتيازاً" لرئيس الدولة بل الزاماً عليه يجب ان ينفذه خلال مدة قصيرة نسبياً[1] . فقد نص، مثلاً، دستور الجمهورية الثالثة الفرنسية على ان "يصدر رئيس الجمهورية القوانين خلال شهر من احالة القانون الذي تم تبنيه نهائياً الى الحكومة" . كما نصت المادة العاشرة من دستور الجمهورية الخامسة على ان

---

(١) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٠٤ - ٤٠٥.

"يصدر رئيس الجمهورية القوانين خلال الخمسة عشر يوما التي ... القانون، الذي تمت

الموافقة عليه، الى الحكومة".

فالاصدار، اذن، هو المرحلة الاخيرة لأقامة القانون، وهو الذي يعطي، كما يقول العميد فدل، الصفة النهائية والملزمة للقانون[1].

الا ان معنى ومحمل الاصدار قد يختلف وفقاً لاختلاف النظم السياسية. فالاصدار قد يمكن "السلطة التنفيذية" من ان تلعب دور الرقيب على ملائمة القوانين التي اعتمدتها الهيئات التشريعية. وهذا ما نجده، بصورة عامة، في "المصادقة" او حق النقض الذي يمارسه رئيس الدولة.

١٥٣ . النظرية الألمانية في الإصدار

الاصدار في الفقه الالماني، وفي ظل الحكم الملكي، يعني، اولاً وقبل كل شيء، تحديد من تعود له الكلمة الاخيرة في العملية التشريعية، أي من يعطي الصفة الملزمة والآمرة للقانون. فالاصدار الذي يطلق عليه في المانيا "المصادقة La sanction" هو اللمسة الاخيرة، لكنها الحاسمة، في ولادة القانون. لذلك فإن السؤال الذي يطرح هو: كيف تتم العملية التشريعية او، بعبارة ادق، اقامة القانون الوضعي، وما هو دور كل من المجلس التشريعي والملك في ذلك، وفي اطار الوضعية القانونية الالمانية.

واهم ما قدمه الفقه الالماني في هذا المجال نظريتان:نظرية "لاباند" ونظرية "جيلنك".

في العمل التشريعي، او، بعبارة ادق، في اقامة القانون الوضعي، يقول لاباند، توجد مرحلتان او فترتان زمنيتان يجب التمييز بينهما بعناية لكي ندرك ولادة القانون او نحدد، بصورة ادق، زمن هذه الولادة.

والمرحلة الاولى هي تحديد مضمون القانون والثانية هي اصدار الامر الذي من شأنه اعطاء المضمون قيمة آمرة وملزمة تجعل منه قانوناً من قوانين الدولة.

وتحديد مضمون او محتوى القانون هو عملية فكرية تنصب على تحديد ما يمكن ان يحتويه القانون. وهذا العمل لا يتطلب تدخل "المشرع"، بل يمكن ان يكون من اختصاص لجنة من القانونيين. فتحديد نص القانون هو عمل تحضيري لا يتطلب امتلاك او تحريك سلطة الدولة. فهذه السلطة لا تمارس وان تدخلها لا يصبح ضروري الا حين تتم "المصادقة" الملكية على الافكار والمبادئ والقواعد، التي يتضمنها مشروع القانون، والتي تعطيها قوة الاحكام القانونية وتكون بالتالي جزءا من النظام القانوني للدولة. الا ان الملك لا يمكنه اعتماد الا النصوص التي تمت الموافقة عليها من قبل المجلس النيابي، وبهذا المعنى يمكن القول ان هذا المجلس يسهم في السلطة التشريعية لان القانون لا يمكن ان يتكون بدون موافقته. بيد ان العمل الارادي الذي يعبر عنه البرلمان عند تصويته على القانون ليس له نفس موضوع العمل الذي بمقتضاه يصادق الملك على القانون. فهناك

---

[1] Cf.Vedel: Droit Constitutionnel. Paris. Sirey. 1949. P.48.

اذن تمييز بين التصويت على القانون والمصادقة عليه، بهذا المعنى ان التصويت البرلماني ينصب على تحديد النص التشريعي، بينما "المصادقة" وحدها تجعل من النص قانوناً[1].

والفقيه جيلنك يسلم بالتمييز الذي اقامه لاباند بين تحديد المضمون الفكري للقانون وبين الامر الملكي الذي يمنح هذا القانون قوته الامرة، الا انه ادخل على ذلك تعديلاً مهماً. فليس من الدقة بمكان، يقول جيلنك، ان يقتصر دور البرلمان على تحديد او تثبيت النصوص التشريعية، فالفرق كبير بين البرلمان ولجنة تحضيرية من القانونيين. فالبرلمان يعطي موافقته على النص ويوافق كذلك على ان يصدر الملك الامر الذي منه ينشأ القانون بشكل نهائي. هذا يعني ان البرلمان هو الذي يجيز الملك بأن يحول الاقتراح التشريعي الذي صوت عليه الى قانون كامل. وسبب ذلك يعود الى ان الملك الدستوري، بخلاف الملك المطلق، لا يمكنه، بالنسبة لبعض القرارات، وخاصة بالنسبة للقرارات التشريعية، ان يريد دون موافقة البرلمان.

الا ان المصادقة الملكية، يلاحظ جيلنك، لا تقتصر فقط على اعطاء القوة الامرة الى قاعدة قانونية ارادت مضمونها هيئة اخرى (البرلمان)، بل تشمل ايضاً هذا المحتوى نفسه. فحين يصادق الملك على القانون، فهو يعلن انه يريد ايضاً ما احتواه هذا القانون.

ورغم هذا الاختلاف بين مذهب جيلنك ومذهب لاباند، فأنهما يلتقيان مع هذا في نقطة اساسية. فبعد ان قال جيلنك بأن البرلمان يعطي موافقته ليس فقط على مضمون او حكم القانون، بل ايضاً على الامر الذي تتضمنه المصادقة، فإنه يعترف بأن هذا الامر لا يصدر الا عن الملك ويبقى عملاً خاصاً به. وفي آخر الامر فبالنسبة الى جيلنك كما بالنسبة الى لاباند، فإن الملك يحتفظ لوحده بسلطة اقامة القانون: وهذه هي نقطة الالتقاء الاساسية بين الفقيهين الالمانيين الكبيرين.

وعليه فلا يمكن القول عند ذاك ان السلطة التشريعية قد قسمت بين الملك والبرلمان. وهذا ما يؤكده جيلنك حين يقول: ان "عمل الارادة التشريعية هو عمل خاص بالملك، نال موافقة البرلمان عليه مسبقاً"[2].

١٥٤ . تقدير

ان الوقوف عند الجدل الذي اثاره، في المانيا مذهب لاباند، هو امر جدير بالاهتمام، لا لمجرد دراسة تجربة او ممارسة دستورية معينة، بل لان ذلك يتعلق بصميم فكرة القانون ويلقي ضوءاً على طبيعة "الاصدار" ايضاً.

فما وجه من نقد الى مذهب لاباند كان بصدد التمييز الذي يقيمه بين محتوى القانون، وبين الامر الذي تتضمنه "المصادقة". بعبارة اخرى ان لاباند يفرق بين تحديد مضمون القانون وبين الامر الخلاق للقانون.

---

(١) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٢٨٣-٢٨٤.

(٢) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ٢٨٥-٢٨٦.

الا انه من الصعب ان لم يكن من المستحيل الفصل بين هذين العنصرين المكونين للقانون. والسبب في ذلك يعود الى ان نشاط البرلمان لا يمكن ان يكون مجرد تحديد فكري لمبادئ او مقترحات لا يملك صفة عمل لسلطة الدولة.

لكن لاباند يجيب بأن قرار البرلمان بصدد مشروع القانون ليس كقرار مؤتمر او لجنة قانونية، لان هدفه ادخال الاقتراح ضمن النظام القانوني الوضعي، كما انه الشرط الدستوري للمصادقة عليه. لكنه يضيف قوله بأن البرلمان لا يملك السلطة للقيام بعمل ارادة تشريعية: فالبرلمان يمكن ان يتبنى نصاً لكن ليس له السلطة بأن يضيف الى هذا التبني ويصدر، بصدد هذا النص، الامر الذي وحده له صفة وقيمة العمل التشريعي. لذلك قيل له انك بهذا تشبه دور البرلمان بدور لجنة تحضيرية (رسمية بدون شك) لا سلطة حقيقية لها. وعليه فواحد من اثنين:

اما ان محتوى النص الذي اقره البرلمان يملك بهذا الاقرار محمل الحكم القانوني، وعندها فإن النص سيحمل في ذاته وبالضرورة الامر بالخضوع لهذا الحكم، واما ان تصويت البرلمان خال من القوة الامرة ولا يتضمن بالتالي أي أمر، وفي هذه الحالة فإن الحكم الذي صوت عليه لا يكون في ذاته حكماً قانونياً او امراً تشريعياً ولا يختلف بالتالي عن أي اقتراح تقدمه لجنة[1].

لكن، كما نعتقد، اذا كان لاباند قد ميز بين محتوى النص الذي يعرض على البرلمان وبين المصادقة التي تتضمن الامر الذي يجعل منه قانوناً، فإن الاعتراض على هذا التمييز لا يخلو هو الاخر من الاعتراض. فقد اعطى لجزء من عملية تشريعية: التصويت او تبني نص، الصفة الامرة، واعطى حتماً ومنطقاً هذه الصفة ايضاً للمصادقة. الا ان الواقع وحقيقة تحليل القاعدة القانونية هو ان الامر الذي تتضمنه غير قابل للتجزئة وهو لا يكون كذلك أي مكتملاً طالما لم تكتمل العملية التشريعية ذاتها: التصويت على النص والمصادقة عليه. فحين يكتمل القانون، يكتمل الامر الذي يتضمنه وان تجزئة ذلك غير صحيح بل غير ممكن، لان صحة القانون او القاعدة القانونية تتوقف على اكتمالها التشريعي بموجب احكام الدستور.

فهناك اذن عملية تشريعية مشتركة لا يمكن تجزئتها من حيث مدلولها القانوني وصحتها وبالتالي الزامها. بناءً عليه فإن التصويت على مشروع قانون من قبل البرلمان، هو اسهام في السلطة التشريعية او بعبارة ادق في العمل التشريعي، والا فإن قرار المجلس بصدد هذا المشروع سيكون مجرد رأي، وهذا ما لا يمكن التسليم به منطقاً وواقعاً. لذلك فإن التمييز الذي يقيمه لاباند بين عنصري القانون، المحتوى والامر، لا يمكن ادراكه او هو ليس بالتمييز الصحيح. فحين يصوت البرلمان على مشروع قانون فإنه لا يقتصر في ذلك على تحديد المضمون المثالي لقانون محتمل، بل هو يقيم او يخلق حكماً او نصاً يحمل في طياته امراً، ويتضمن ارادة تشريعية لم تكتمل آثارها بعد. بتعبير آخر ان موافقة البرلمان على مشروع القانون تتضمن امراً محتملاً في هذا القانون الذي لم يكتمل بعد في مسيرته التشريعية. لذا فإن موافقة البرلمان هي عمل تشريعي لم يكتمل او في طريقه لان يصبح قانوناً. هذا يعني ان ارادة البرلمان المعبر عنها بهذا الشكل (الموافقة على المشروع) لا تكفي بذاتها

---

[1] ر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٣٩٠، ٣٩١.

لانجاب القانون. وهذا القانون لا يكون كاملاً الا من اليوم الذي تكون فيه ارادة اخرى (تشريعية) قد عبر عنها من قبل هيئة حددها الدستور (رئيس الدولة).

ويمكن اللجوء اخيراً الى حجة حاسمة ضد النظرية الالمانية في الاصدار (وتؤكد في ذات الوقت اسهام البرلمان في عملية تشريع القانون) مفادها انه اذا كانت السلطة التشريعية لا تعود الا للملك، واذا كانت المصادقة الملكية هي العمل التشريعي الوحيد واذا كان الامر التشريعي يكفي لوحده لصنع القانون، فإن امراً مخالفاً لذلك من الملك يكفي لهدم القانون من دون حاجة لمداخلة البرلمان. الا ان القانون لا يمكن ان يلغى، من حيث المبدأ، الا من قبل قانون جديد يفترض تدخل الملك والبرلمان: وهذا يعني ان القانون الجديد يتطلب التدخل المزدوج للملك والبرلمان، وان القانون المزمع الغاؤه كان حصيلة ارادتين: ارادة الملك وارادة البرلمان. فضرورة تدخل البرلمان لأجل الغاء الأمر الملكي يعني اسهامه في اقامة القانون وبالتالي في العملية التشريعية، وليس الاقتصار على تحديد محتوى القانون او حتى اجازة الملك في اصداره، بالمصادقة عليه. فضرورة تدخل البرلمان في الامر الملكي بالغاء القانون، تعني اسهامه اصلاً في تشريعه[1].

(ب) طبيعة الإصدار

١٥٥ . موقف الفقه الفرنسي

ان موقف الفقه الفرنسي بصورة عامة من الاصدار، بالمعنى الدقيق للكلمة، يتلخص كما يلي: ان الاصدار هو عمل ذو طبيعة تشريعية وبالتالي فإن النصوص التي صوتت عليها الهيئة التشريعية لا تكتسب قيمة قانونية الا من وقت اصدارها.

فارادة المشرع لا يكون لها وجود قانوني الا اذا كانت موضوع اعلان يكشف هذا الوجود، أي الا اذا كانت موضوع اصدار. وعليه فإن القانون لا يصبح نافذاً الا من وقت اصداره، بمعنى انه لا يكتمل الا بالاصدار. فالقانون الذي لم يصدر لا يمكن ان تطبقه المحاكم ولا يفرض على الافراد رغم التصويت عليه من قبل البرلمان[2].

وموقف الفقه الفرنسي يتلخص في مذهب اصبح تقليدياً الذي يقول بأن القانون لا يصبح نافذاً الا في وقت اصداره وان الاصدار نفسه يعطيه قوته التنفيذية.

لنستعرض الآن، وباختصار، اقوال بعض كبار الفقهاء الفرنسيين من انصار هذا المذهب.

يقول لافيرير: "...ان الحق في طبع القوة التنفيذية على قرار هو من اختصاص السلطة التنفيذية وحدها. والقرارات القضائية ذاتها لا تملك هذه القوة الا بفضل الصيغة التنفيذية الموضوعة على الاحكام (وهي) صيغة تتضمن امراً موجهاً للوكلاء التنفيذيين من قبل السلطة التنفيذية"[3].

---

(١) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٣٩٦.

(٢) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٠٥-٤٠٦.

(٣) لافيرير: المطول في القضاء الاداري، ط٢،ج١، ص٤٥٤،ذكره، كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٠٧.

ويرى العميد اوريو: ان "كل اعمال السلطة التنفيذية ترتدي الصيغة التنفيذية... (وان) القوة التنفيذية لا يمكن ان تمنح الى عمل قانوني صادر من سلطة اخرى الا بتدخل السلطة التنفيذية. وعليه فإن القوانين لا تصبح نافذة الا بواسطة الاصدار الذي يقوم به رئيس الدولة"(١).

وينضم الاستاذ اسما، فيما يتعلق بالاصدار، الى المذهب الذي ساد في فرنسا، الا انه قدم تبريراً لهذا المذهب يستند الى مبدا الفصل بين السلطات.

"فالاصدار هو الفعل الذي به يعلن رئيس السلطة التنفيذية ان القانون الذي صوت عليه اصولياً من قبل الهيئة التشريعية، اصبح قابلاً للتنفيذ، ويعطي لوكلاء السلطة العامة الامر بالسهر على تنفيذه والمساعدة على ذلك عند الحاجة.

ان ضرورة الاصدار هي نتيجة منطقية لمبدأ الفصل بين السلطات. فالقانون يكون كاملاً تماماً ونهائياً حين يصوت عليه من قبل السلطة التشريعية...الا انه غير قابل للتنفيذ طالما لم يتم الاصدار. فحق وواجب السهر على تنفيذه يعود، في الواقع، الى السلطة التنفيذية، (و) طالما ان هذه لم تعط الامر بذلك، فأي من السلطات العامة لا يمكن ان تأخذه بنظر الاعتبار"(٢).

وعليه فإن الاستاذ اسما، يلتحق في آخر الامر بفقهاء المذهب التقليدي الفرنسي فيما يتعلق بطبيعة وآثار الاصدار. فاذا كانت "...السلطات التنفيذية غير مقيدة بالقانون وغير ملزمة بتنفيذه إلا بفعل الامر الخاص الموجه اليها... بواسطة المرسوم الرئاسي الذي يصدر (هذا القانون)، فيتوجب ان نستخلص من ذلك بأن هذا المرسوم وحده هو الذي يمنح القانون قوته التنفيذية وقيمته ونجاعته الوضعية"(٣).

١٥٦ . نظرية دكَي

الاصدار، بالنسبة للعميد دكي، هو عمل يؤكد فيه رئيس الدولة، وفق الصيغة المعتمدة، ان القانون قد صوت عليه في المجالس التشريعية بصورة صحيحة وانه يجب ان يطبقه الجميع افراداً وادارة ومحاكم. ومن هذا التعريف يحدد دكي صفة الاصدار فيقول: "الاصدار هو التكملة الضرورية للقانون، فطالما لا يوجد الاصدار، فلا وجود للقانون بالمعنى الدقيق" بناءً عليه، "...فبواسطة الاصدار يشترك رئيس الجمهورية مباشرة وحقيقة في صناعة القانون"(٤).

ويقول العميد دكي: اذا سلمنا مع الاستاذ جيز، بأن "الاصدار جزء من عملية قانونية مركبة"، فإنه سيكون العمل الاخير في هذه العملية القانونية المركبة.

ويترتب على هذا، انه طالما لم يتم الاصدار، فإن هذه العملية القانونية المركبة التي منها ينتج القانون، لم تكتمل بعد، لذا فإن الاصدار يضيف شيئاً الى عمل البرلمان أي الى العمل التشريعي.

ريُو: مبادئ القانون العام، ص٤٤٨، ذكره، كاره دمالبر، المرجع السالف الذكر، ص٤٠٧.
6 - Esmein: Élements De Droit Constitutionnel, 7' Éd. TII, Paris, Sirey, P66.
ره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤١٠.
كي: المطول، ج٤، ص٦٢٤.

واذا كان الاصدار جزء من عملية تشريعية بل هو خاتمتها، فإنه اذن عمل قانوني، ليس لهذا السبب فحسب، بل لأن من يقوم به يعلن عن ارادة بقصد احداث تعديل معين في النظام القانوني[1].

وبناءً على ما تقدم فإن "... الاصدار عمل قانوني يحدث تعديلاً في النظام القانوني، وبالتالي فإنه يضيف شيئاً الى القانون. وما دام الاصدار لم يتم، ورغم ان القانون قد صوت عليه... فهناك اثر قانوني لم يحدث بعد ولن يحدث إلا بعد الاصدار"[2].

لكن ما هو هذا الاثر القانوني، او ماذا يتضمن بالتحديد؟ وبتعبير آخر ما هو الاثر القانوني الذي يترتب على العمل القانوني الذي هو الاصدار؟ بعد تفكير طويل، يجيب العميد دكي، يجب ان نفهم الاصدار والاثر القانوني الذي يتبعه على النحو الاتي: "الاصدار عمل قانوني موضوعي شرطي. فهو يضع الشرط الذي يترتب عليه نشأة وضعاً قانونياً معيناً يحدده القانون بالنسبة للاشخاص الذين يطبق عليهم...

وبعد الاصدار فهناك من دون شك اشخاص معينين في حالة، في وضع مشروع لم يكن لهم قبل ذلك. فهم في وضع موضوعي لم يكن لهم قبل اصدار القانون... وبالتالي يجب القول بأن الاصدار هو العمل القانوني... وهو الشرط لنشأة الوضع الجديد كما حدده القانون... وفيما يتعلق بموظفي النظام الاداري والنظام القضائي المكلفين بتطبيق القانون، فإن الاصدار هو العمل الشرطي لنشأة اختصاص لهم لتطبيق القانون الجديد"[3].

وفي ضوء ما تقدم، يمكن القول، مع العميد دكي، ان الاصدار هو الشرط الضروري لكي يكون القانون قابلاً للتطبيق.

١٥٧ . نظرية كاره دمالبر

ينطلق الاستاذ كاره دمالبر من تعريف "الاصدار" بأنه: "العمل الذي يقر ولادة القانون... التي تقع في اليوم الذي يحصل فيه التصويت الاخير والذي به يكمل البرلمان تبنيه للمشروع التشريعي"[4].

ويترتب على ذلك "ان رئيس الدولة حين يصدر القانون لا يؤدي عملاً من اعمال الوظيفة التشريعية، بل يقوم على تنفيذه"[5]. وهذا يعني ان الاصدار يفترض ان العمل التشريعي قد انهي، والقانون كامل ولا ينتظر الا التنفيذ[6].

---

(١) انظر: دكي، المطول، ج٤، ص٦٢٦.

(٢) دكي: المطول، ج٤، ص٦٢٧.

(٣) ويترتب على ذلك، يقول دكي، انه اذا طبقت محكمة قانوناً صوت عليه البرلمان ولم يصدر، فإن قرارها يخضع لرقابة المحكمة العليا. واذا قام موظف بعمل وفقاً للقانون الذي صوت عليه ولم يصدر، فإنه يقوم بعمل غير مشروع ويجب ان يلغى من قبل مجلس الدولة عن طريق الطعن لتجاوز السلطة.(دكي: المطول، ج٤، ص٦٢٩-٦٣٠).

(٤) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٢٤.

(٥) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٢٢.

(٦) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٢٣.

بناءً عليه فإن رئيس الدولة ليس حراً في ان يقوم بالاصدار او يمتنع عن ذلك، بل هو مجبر عليه. فسواء اراد القانون ام لم يرده، فهو ملزم بأن يصدره[1]. لكن ما هو مصدر هذا الالزام بالاصدار؟ ان هذا الالزام يتأتى او يجد مصدره في الدستور. فليس القانون الذي يقره البرلمان هو الذي يخلق هذا الالزام بالنسبة الى رئيس السلطة التنفيذية (رئيس الدولة)، لان هذا القانون لا يتضمن أي نص يقضي بمثل هذا الامر الموجه الى رئيس الدولة بأن يصدره.

واذا كان الدستور يفرض على رئيس السلطة التنفيذية واجب الاصدار، فذلك لأنه يعتبر ان الارادة التشريعية للبرلمان تفرض بذاتها على السلطة التنفيذية المكلفة بالاصدار. وبهذا المعنى، فإنه "من الممكن القول بأن تبني القانون من قبل المجالس التشريعية يتضمن ضمناً امراً حقيقياً بالاصدار"[2]. هذا يعني ان الأمر بتنفيذ القانون ملازم للقانون نفسه وهو ينحدر من القوة الخاصة بالقانون. فالقانون ينفذ بفضل ارادة البرلمان وليس السلطة التنفيذية.

وعليه فإن القوانين التي تبناها او صدق عليها البرلمان، يجب ان تعتبر "قابلة للتنفيذ بذاتها" رغم انها لا تدخل حيز التنفيذ الا بعد الاصدار[3].

وكل هذا يعني، يقول الاستاذ كاره دمالبر ان "...القوة التنفيذية للقانون ليست شيئاً آخر غير قوته الامرة ذاتها: فنفس القوة التي تسمى آمرة في حالة السكون توصف بأنها تنفيذية حين تكون في حركة. و...يعود الى (السلطة) التنفيذية ان تضعها في حركة دون ان يعني ذلك بان السلطة التنفيذية هي التي تخلقها"[4].

وفي المناقشات التي دارت حول المادة الاولى من مدونة نابليون بصدد الاصدار، يرى الاستاذ كاره دمالبر ان الفكرة الاساسية التي برزت في هذه المناقشات هي ان فائدة الاصدار وسبب وجوده هما في اقرار وجود القانون.ومن بين العديد من المداخلات المؤيدة لهذا الاتجاه فإن اشهرها ما قاله "بورتاليس" في خطابه في السنة العاشرة امام الهيئة التشريعية، حيث عرف الاصدار بأنه: "الوسيلة لاقرار وجود القانون بالنسبة للشعب". وقد وصفه بأنه "الطبعة الرسمية للقانون" واضاف: ان "القانون كامل قبل الاصدار". فالاصدار "لا يصنع القانون" إلا ان "آثار القانون لا يمكن ان تبدأ إلا بعد الاصدار"[5].

---

(1) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤١٢.

(2) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤١٢هامش٨.

(3) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤١٤.

(4) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤١٧.

(5) ويعلق الاستاذ كاره دمالبر على ذلك قائلاً ان "...عمل الاصدار يؤدي نفس وظيفة عمل التوثيق الذي يقوم به الكاتب العدل... لاجل اثبات... ارادة الاطراف المتعاقدة: وكما ان الكاتب العدل (حين) يسجل ويؤكد ارادة الاطراف لا يقوم مقام ارادة المتعاقدين، كذلك فإن الاصدار... لا يقوم الا بتوثيق القانون" (النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٣٢). إلا ان المادة الاولى من مدونة نابليون تتناقض مع ما تقدم، فقد نصت على ان "القوانين تنفذ في كل الاقليم الفرنسي بفضل الاصدار الذي يقوم به (رئيس الدولة)". وقد قيل ان سبب هذه الصيغة هو الرغبة في اعطاء القنصل الاول (بونابارت) دوراً تشريعياً اكبر مما اعطاه له دستور السنة الثامنة. فهذا الدستور (م٢٥) لا يعطي الحكومة الا اقتراح القوانين. فالمدونة المدنية ارادت رفع هيبة رئيس الحكومة حين اعطت الانطباع ان القوانين تجد فيه جزءاً من قوتها. ولما كان تبني القانون يعود من الناحية الدستورية الى الهيئة التشريعية فقط، فقد اعتقد انه من المناسب ربط قوته التنفيذية بالاصدار، الذي يعود للقنصل الاول بحكم المادة ٤١ من دستور السنة الثامنة. ومن هنا كانت صيغة المادة الاولى من المدونة المدنية: ان القوانين تنفذ "بفضل" اصدارها (انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٣٤-٤٣٥).

١٥٨. تقدير

علينا ان نقول بادئ ذي بدء، ان الآراء والمذاهب التي طرحت لتحديد طبيعة الاصدار، قد تمت معظمها ان لم يكن جلها، في ظل النظام السياسي والدستوري للجمهورية الثالثة الفرنسية. هذا يعني ان فكرة القانون ودور المجالس التشريعية، كانت متأثرة الى حد كبير بالنظام التمثيلي الليبرالي الذي يعطي اولوية حاسمة للبرلمان والكلمة الاخيرة لما يقره من قواعد القانون.

ويلاحظ على المذهب التقليدي الفرنسي انه يعتبر الاصدار عملاً ذو طبيعة تشريعية، ومع هذا يعطيه قيمة خاصة باعتباره العمل التنفيذي الذي لولاه لا يصبح القانون قابلاً للتنفيذ. فالقوة التنفيذية اذن للقانون منوطة بالاصدار الذي يقوم به رئيس الدولة. فالاصدار اذن ليس جزءاً من عملية تشريعية فحسب، بل هو ايضاً "امر" يصدر عن رئيس الدولة بتنفيذ القانون. لذلك، وبهذا المعنى، فإن مذهب الاستاذ اسما الذي لا يختلف في منطلقاته عن المذهب التقليدي، اقام اساس هذا الامر او الاصدار على مبدأ الفصل بين السلطات لايجاد مبرر لهذا الامر الذي يعطيه رئيس السلطة التنفيذية الى وكلاء تنفيذ القانون. الا ان هذا "الامر" التنفيذي الذي يحدد مصير القانون او بعبارة ادق، مشروع القانون سيصبح جزءاً من العملية التشريعية ومن ثم فإنه يتحكم، بمعنى من المعاني، في امر القانون او القاعدة القانونية.

وهذا ما ندركه بوضوح عند العميد دكي حين اعتبر الاصدار "التكملة الضرورية" للقانون وبالتالي جزءاً من العملية التشريعية. الا ان العميد دكي لم يكتف بذلك، فاعتبر الاصدار "عمل قانوني موضوعي شرطي" ينشأ وضعاً قانونياً معيناً بالنسبة للافراد والادارة. وهذا يعني في الحقيقة ان الاصدار كعمل قانوني تشريعي يكتمل به القانون الذي يحدد الاوضاع القانونية الجديدة لمن يوجه اليهم. لذلك فإن الأثر القانوني للقانون الجديد لا يتوقف على الاصدار، بل على اكتماله حين يصدر كقانون. ولهذا يمكن القول ان العميد دكي بقي متأثراً بالمذهب التقليدي حين انكب على تحديد قيمة الاصدار بصورة معزولة، بشكل او بآخر، عن العملية التشريعية. فالاصدار جزء من كل: العملية التشريعية او القانونية المركبة. فالاراء التي قدمت حول "خصوصية الاصدار" كان لها وقع في تفكير العميد دكي، فاراد ان يسهم في هذه المعمعة الفكرية، فوقف عند الاصدار باعتباره عملاً قانونياً موضوعياً شرطياً، ينفصل في الحقيقة عن مجمل مسيرة العمل التشريعي.

واذا كانت المذاهب والآراء السالفة الذكر قد حاولت تحديد طبيعة الاصدار فإنها لم تنكر علاقته، بشكل او بآخر، بالعملية التشريعية.

إلا ان الاستاذ كاره دمالبر ينكر هذه الصفة على الاصدار ويعتبره مجرد اشهار او اقرار للقانون الذي صوتت عليه المجالس التشريعية. فالاصدار، بالنسبة له يقتصر دوره على اقرار "ولادة القانون". لذلك فإن رئيس الدولة الذي "يصدر" القانون لا يقوم بأي عمل تشريعي، لان القانون قد كمل قبل الاصدار الذي يقر وجوده فقط. فالقانون ينفذ بفضل ارادة البرلمان وليس لارادة رئيس الدولة أي دخل في ذلك. وبتعبير آخر فإن القانون الذي صوت عليه البرلمان يعتبر "قابلاً للتنفيذ بذاته". فالقوة التنفيذية للقانون ليست غير قوته الآمرة ذاتها. فهي تارة توصف

بانها "أمرة" في "حالة السكون" وتنفيذية في "حالة الحركة" التي وراءها السلطة التنفيذية.
ويمكن القول ان عمل رئيس الدولة في الاصدار كعمل الكاتب العدل حين يقر ارادة الاطراف ذوي العلاقة. ومع هذا يرى الاستاذ كاره دمالبر ان هناك فائدة وسبباً لوجود الاصدار تتلخص في اقراره تبني القانون من قبل الهيئة التشريعية والاشهاد بوجود القانون والتأكيد على قيمته الآمرة والتنفيذية[1].

ونلاحظ ان التأكيد (عن طريق الاصدار) على القيمة الآمرة والتنفيذية لا معنى له لان القانون الموافق عليه من قبل الهيئة التشريعية يملك هذه الصفة الآمرة، ومن هذه الصفة الآمرة تنتج الصفة او القابلية التنفيذية. اما اقرار التبني من قبل الهيئة التشريعية للقانون والاشهاد بوجود القانون، فهو يجعل من وظيفة الاصدار مجرد وظيفة تثبيت، أي وظيفة كاتب عدل، وبالتالي فإن رئيس الدولة سوف لا يسهم في العملية التشريعية، ولا يكون له نصيب فيها. واذا كان الامر كذلك فإن الاصدار في آخر الامر سيكون مجرد رأي او مشورة. وهذه المشورة ليس من الضروري ان تطلب من رئيس الدولة بل يمكن ان يكون ذلك من قبل أي هيئة اخرى.

واذا كان موضوع الاصدار يقتصر على توثيق القانون، فهل من الضروري ان يكون ذلك من اختصاص رئيس الدولة؟ الا يكفي عندها ان يعود التوثيق الى رئيس المجلس التشريعي. وهذه ليست مجرد فرضية منطقية، بل ان "القانون الوضعي الدستوري" وبالذات في فرنسا قد اخذ بها. فقد نصت المادة ٥٩ من دستور ١٨٤٨ الفرنسي، انه في حالة عدم قيام رئيس الجمهورية بالتزامه في الاصدار خلال المدد المحددة في المادتين ٥٧،٥٨، فإن الاصدار سيتم من قبل رئيس الجمعية الوطنية. وكذلك فعلت المادة ٣٦من دستور ٢٧تشرين الاول ١٩٤٦ (دستور الجمهورية الرابعة) في فقرتها الثالثة حين اعطت الاصدار الى رئيس الجمعية الوطنية بذات الصيغة التي جاءت بها المادة ٥٩ من دستور الجمهورية الثانية. الا ان الاستاذ كاره دمالبر يعترض على هذا الاتجاه بالعديد من الحجج. فهو يقول ان وظيفة توثيق وجود ومضمون القوانين يعود بطبيعته الى "السلطة" التنفيذية، لانه من المنطقي ان يعود الاصدار الى سلطة تختلف عن المشرع، بهذا المعنى ان الاصدار يفترض وجود وسيط بين الهيئة التشريعية والجمهور، يكون ضامناً لاكتمال القانون الذي وضعه المشرع. الا ان الرد على هذه الحجة بسيط و"منطقي" ايضاً. فيمكن ان تكون هيئة اخرى، ربما اكثر حياداً، هي هذا الوسيط ليقر اكتمال القانون، كأن يكون المجلس الدستوري في فرنسا، وليس رئيس الجمهورية.

ويستند الاستاذ كاره دمالبر على حجة اخرى لاستبعاد ان يكون الاصدار من قبل مجلس تشريعي أي من قبل السلطة التي اقامت القانون. فهو يقول: ان الاصدار لا يمكن ان يثبت وجود القانون، دون ان يثبت في ذات الوقت انتظام اقامته وبالتالي فإن هذا التثبيت سيكون ذو قيمة دنيا اذا صدر عن صانع القرار نفسه[2]. ويضيف قوله: انه "لا يمكن ان نفهم مطلقاً ان يكون المشرع ذاته هو الذي يقول كلمته عن قيمة قوانينه وان يرفع الشكوك التي يمكن ان تنجم عن عيوب من

انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٢٩.

انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٤٨٤٤٧.

تبنيها، فلا يعود الى واضع القانون ان يقول: ان قانوني جيد الصنع ويستحق ان نعترف بوجوده. ان هذا التثبت من وجود القانون يجب ان يأتيه من الخارج، من سلطة اخرى"[1].

الا ان هذه الحجة تدعونا الى اعطاء دور لرئيس الدولة في العملية التشريعية، لان رقابة انتظام القانون معناها التدخل لتقدير المسيرة او الاجراءات التشريعية، ان لم يكن تقدير مضمون القانون محل الاصدار. وهذا ما لا يسلم به الاستاذ كاره دمالبر، وتفترضه، بالعكس، طبيعة الاصدار فعملية الاصدار تتضمن، في الواقع، اسهاماً في العملية التشريعية من قبل رئيس الدولة. وهذا ما يؤيده العديد من الفقهاء في ظل الجمهورية الثالثة الفرنسية التي ركزت هيمنة المجالس التشريعية.

فالعميد دكي يقول: ان "...الاصدار هو التتمة التي لابد منها للقانون، وطالما لا يوجد الاصدار، فلا يوجد، بالمعنى الدقيق، قانون... وبكلمة فان رئيس الجمهورية يشترك بالاصدار مباشرة وفعلاً في اقامة القانون"[2].

ويعطي الاستاذ جيز توضيحاً اكثر، فهو يقول ان: "الاصدار جزء من عملية قانونية مركبة. فالقانون هو نتاج تعاون الحكومة، مجلس النواب، ومجلس الشيوخ. ان الاصدار هو آخر عمل في العملية القانونية المركبة"[3].

ويرى الاستاذ سان. جيرون، في كتابه "الوسيط في القانون الدستوري" (ص٣٧٤) ان الاصدار هو "عمل تشريعي" وانه "عمل يكمل القانون" و"...يجب ان يعتبر تعاوناً بين رئيس الدولة والبرلمان".

ويقول الاستاذ فاري . سومبير، ان الاصدار "يكمل القانون" ويكون بذلك "عملاً تشريعياً"[4].

واذا انتقلنا من التحليل الفقهي للاصدار، الى الواقع الدستوري، فاننا نقر تدخلاً اكثر، عن طريق او بمناسبة الاصدار، لرئيس الدولة في عملية تشريع القانون.

وهذا يتحقق عن طريق طلب رئيس الدولة "مناقشة" ثانية من المجلس التشريعي للقانون الذي رفع اليه لاصداره. وطلب المناقشة معناه ان لرئيس الدولة رأي في القانون او، بعبارة ادق، في مشروع القانون، الامر الذي يؤدي الى اعادة دراسته ثانية من المجلس التشريعي، بطلب "مسبب" من رئيس الدولة. وهذا التسبيب لا يمكن ان يكون غير بيان رأي رئيس الدولة في المشروع كلاً او جزءاً ومن ثم اعادة النظر فيه، وكل هذا لا يمكن ان يفسر الا انه اسهام في العملية التشريعية ذاتها مع البرلمان.

ولا يهمنا ان كان رئيس الدولة (رئيس الجمهورية) قد مارس هذا الحق ام لم يمارسه، فوجوده في الدستور يضفي من دون شك صفة خاصة على طلب المناقشة باعتبارها تعبير عن رأي رئيس الدولة في مشروع القانون ومن ثم اسهامه بشكل مباشر او غير مباشر في تشريع القانون.

---

(١) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٥٦.

(٢) دكي: المطول، ج٤، ص٦٢٤.

(٣) جيز: مجلة القانون العام، ١٩١٨، ص٣٩٣، ذكره، دكي، المطول، ج٤، ص٦٢٦.

(٤) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٠٩هامش٤.

وفي ظل الجمهورية الثالثة الفرنسية نصت الفقرة ٣ من المادة ٧من القانون الدستوري الصادر في ١٦تموز ١٨٧٥ على ان "خلال المدة المحددة للاصدار، يستطيع رئيس الجمهورية، بواسطة رسالة مسببة، ان يطلب من المجلسين، مناقشة جديدة التي لا يمكن رفضها".

وذات النص نجده في الفقرة الثانية من المادة ٣٦من دستور الجمهورية الرابعة. وتعطي الفقرة الثانية من المادة العاشرة من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية، لرئيس الجمهورية قبل انتهاء المدة المحددة للاصدار الحق في ان "يطلب من البرلمان مناقشة جديدة للقانون او لبعض مواده ولا يمكن ان ترفض هذه المناقشة الجديدة"(١). ويرى الاستاذ بردو في ذلك "...نوعاً من حق الفيتو المعلق الذي اجيز في ١٨٧٥ و١٩٤٦. وفي ظل الجمهورية الرابعة فإن هذا الحق يمكن الرئيس من الحصول على التخلي عن بعض النصوص. (و) وفي ظل (الجمهورية) الخامسة فإن الوضع السياسي لرئيس الدولة يمكن ان يعطي في الواقع الى طلب المناقشة الثانية، صفة حق نقض نهائي"(٢).

ويذهب اسهام رئيس الدولة في العملية التشريعية، عن طريق الاصدار، الى اكثر من مجرد طلب اعادة مناقشة مشروع القانون باكمله او عدداً من مواده، بل يتعداه الى التأكد من دستورية القانون موضوع الاصدار. وهذا ما يقضي به المنطق القانوني وكذلك التطبيقات الدستورية.

فحين يرفع مشروع القانون الى رئيس الدولة لاصداره، فإن له ان يقدر فيما اذا كان القانون، من الناحية الموضوعية او الشكلية، يتوافق مع الدستور او لا يتناقض معه. وبتعبير آخر فإن رئيس الدولة يتحقق فيما اذا كان القانون قد اقيم وفقاً للاجراءات التي حددها الدستور، وفيما اذا كان المشرع لم يتجاوز اختصاصه الدستوري. وبهذه المناسبة فإن رئيس الدولة لا يغطي بالاصدار العيوب الدستورية للقانون، ولا يكون عائقاً امام القضاء للتحقق من الصحة الدستورية للقانون. فكل ما في الامر، ان رئيس الدولة يحرك مسألة دستورية القانون الذي يعرض عليه لاصداره، وهذا يتطلب ايقاف الاصدار حتى يبت في امر دستورية القانون. فرئيس الدولة لا يصدر "حكماً"، بل يحرك آلية يحددها الدستور، خلال الفترة المحددة لاصدار القانون. وعليه فإن الاصدار لا يغطي او يثبت عدم الدستورية، ويمنع بالتالي النظر فيها من قبل القضاء او جهات اخرى، وانما يثير بمناسبة الاصدار، هذه الدستورية للقانون المعروض عليه. فرئيس الدولة لا يعلق الاصدار على تقدير صحة مضمون القانون قبل اصداره، فالامر لا يتعلق بالاصدار ذاته وكونه شهادة بالصحة الدستورية للقانون او حماية له من الطعن بدستوريته من قبل جهات او هيئات اخرى، بل بتحريك الرقابة الدستورية اثناء فترة الاصدار. وهذا يتطلب تنظيماً دستورياً معيناً بهذا الخصوص، لم ينص عليه دستور الجمهورية الثالثة الفرنسية. لكن حتى في ظل هذا الدستور الذي نظم طلب رئيس الجمهورية قراءة او مناقشة ثانية للقانون، فليس هناك ما يمنع، اطلاقاً، من ان يثير رئيس الجمهورية في رسالته المسببة الى المجالس التشريعية، مسألة دستورية القانون الذي عرض عليه للاصدار.

---

(١) ويعلق الاستاذ بردو على هذا النص قائلاً:ان "...الارادة العامة، رغم التعبير عنها بصراحة، يمكن ان يشكك بها".(بردو: المطول،ج٨، ص٥٢٦).

(٢) Burdeau: Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques. 17' Éd.1976. L.G.D.P.614.

وآلية حسم دستورية القانون وجدت في ظل دستور الجمهورية الرابعة الفرنسية وفي ظل دستور الجمهورية الخامسة. فقد نصت المادة ٣٦ من دستور الجمهورية الرابعة على ان اصدار القانون من قبل رئيس الجمهورية يتم خلال عشرة ايام. الا ان المادة ٩٢ من ذات الدستور نصت على انه خلال مدة اصدار القانون لرئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية، ان يطلبا بصورة مشتركة، من اللجنة الدستورية النظر فيما اذا كان القانون موضوع الاصدار يفترض تعديل الدستور، بمعنى انها تنظر في الحقيقة والواقع بدستورية هذا القانون. فرئيس الدولة سيلعب اذن دور المحرك لمسألة دستورية القانون الذي يرفع اليه من قبل الجمعية الوطنية للاصدار. ودور رئيس الجمهورية لا يقتصر على هذا الحد في تحريك اجراءات الرقابة الدستورية، بل سيكون له، من دون شك، صوت مسموع في هذا الموضوع حيث انه يرأس اللجنة الدستورية بمقتضى المادة ٩١ من الدستور.

وقد ذهب دستور الجمهورية الخامسة اكثر من ذلك حين قوى دور رئيس الدولة في تحريك الرقابة على دستورية القوانين المرفوعة للاصدار. فالمادة العاشرة من هذا الدستور تنص على ان اصدار القانون من قبل رئيس الجمهورية يتم خلال ١٥يوماً. الا ان الفقرة ٢ من المادة ٦١ من ذات الدستور اجازت لرئيس الجمهورية (ولهيئات اخرى ايضاً) ان يطلب من المجلس الدستوري النظر في دستورية القوانين قبل اصدارها، وان هذا الطلب من المجلس الدستوري يعلق سريان مدة الاصدار. وتنص المادة ٦٢ على ان "النص الذي تقرر عدم دستوريته لا يمكن ان يصدر ولا ان يطبق".

وعليه فإن رئيس الدولة، في ظل دستور الجمهورية الخامسة، يمكن ان ينفرد في تحريك الرقابة على دستورية القوانين التي تعرض عليه للاصدار.

وخلاصة ما تقدم، يمكن القول ان الاصدار هو جزء من عملية تشريع القانون وان رئيس الدولة يسهم فعلاً، عن طريق الاصدار، في وضع القانون. والقانون او، بعبارة ادق، مشروع القانون الذي لم يصدره رئيس الدولة هو قانون ناقص ليس بمقدور احد ان يطبقه. فالاصدار، بعبارة اخرى، جزء من عملية قانونية مركبة وهو آخر اجراء في هذه العملية التشريعية، بحيث اذا لم يتم الاصدار فإن هذه العملية تبقى ناقصة وبالتالي يبقى القانون غير مكتمل. وعليه فإن الاصدار يكمل او يضيف شيئاً الى العمل التشريعي الذي انجزته الهيئات التشريعية المختصة.

واذا تم الاصدار فمعنى ذلك ان رئيس الدولة يعلن ان القانون اصبح قابلاً للتنفيذ، ليس بفضل الاصدار، كعمل منعزل، وانما بفضل اكتمال القانون الملزم، وان على المحاكم تطبيقه وعلى المواطنين طاعته.

فالاصدار، اذن، ليس بواقعة او عمل مادي، وانما هو عمل قانوني، وهو الشرط الضروري لكي يصبح القانون قابلاً للتطبيق.

الا ان الاصدار لا يكفي لان يجعل من القانون نافذاً أي واجب التطبيق، فلابد لذلك من اجراء لاحق على الاصدار وهو نشر القانون.

١٥٩ ـ فكرة النشر

ان القانون الوضعي بعد اصداره من قبل رئيس الدولة يكون قد اكتمل. واكتماله معناه ان يكون ملزماً للمواطنين ليحدد سلوكهم سلباً او ايجاباً. ولكي يلزم المواطن يجب ان يلم او يعرف مضمون ما يلزم به. لذلك يتوجب علم العامة بالقانون ولا يتحقق ذلك الا بنشره. ومن الجدير بالملاحظة ان كلمة "قانون loi" بالفرنسية تفترض العلم او النشر. فهذه الكلمة مشتقة من الاصل اللاتيني "Legere" الذي يعني القراءة. فالقانون الوضعي، اذن، نص مكتوب اقيم لكي يقرأ أي يعرف[١]. وقد تكون معرفة القانون عن طريق الاعلان مثلاً. الا ان الطريقة العصرية في النشر هي ادراج القانون في الجريدة الرسمية الخاصة بكل دولة.

وحيث ان الاصدار "عمل قانوني" بمقتضاه تكتمل العملية التشريعية أي تكتمل اقامة القانون، وحيث ان هذا العمل يتم في مكتب رئيس الدولة، فلابد، اذن، من ان يعلم الكافة بمضمون القانون بعد اكتماله أي بعد اصداره، لذا يتوجب نشره. فالنشر "عمل مادي" يتم بمقتضاه علم الكافة بالقانون، او هكذا يفترض، لكي يلزم المواطنون والموظفون والمحاكم بتطبيقه.

لكن ما هي المدة الزمنية التي خلالها يتوجب نشر القانون بعد اصداره. لامشكلة اذا كان الدستور او أي قانون آخر، قد حدد المدة التي يجب خلالها نشر القانون في الجريدة الرسمية بعد اصداره. ولكن المشكلة تطرح اذا لم يكن الامر كذلك. فما هو الحل؟

يرى العميد دكي ان هذه المدة يجب ان تقع ضمن المدة المحددة قانوناً للاصدار[٢]، الا انه لا يعطي تبريراً مقنعاً لهذا الرأي.

ويرى الاستاذ كاره دمالبر انه اذا كان الاصدار قد تم عند انتهاء المدة المحددة للاصدار، فإن النشر يجب ان يتم "فوراً" وبدون أي تأخير فالاصدار عمل مقدر له ان ينشر ومن ثم فإنه مرتبط بالنشر وبالتالي لا يمكن اعتباره قد تم بصورة منتظمة الا اذا تم ادراجه في الجريدة الرسمية لأجل ان يعرف علناً[٣].

وفي رأينا ان المدة التي يجب ان ينشر خلالها القانون بعد اصداره، هي "المدة المعقولة" لأجل ان يعرف المعنيون، بالقانون: مواطنون، وادارة ومحاكم. وتقدير ذلك يعود الى "الحكومة" دون تعسف، وفي الغالب فإنها تسرع بنشر القانون في الجريدة الرسمية اذا كان يمثل اهمية خاصة بالنسبة لسياستها، فكل شيء يتوقف على تقديرها، ضمن المدة المحددة للاصدار دون ان تلزم بأن يكون النشر ضمن هذه المدة.

---

(١) ظر: برت دلاكرساي ولابورد. لاكوست، مدخل عام الى دراسة القانون، ص٢٠١.

(٢) ظر: دكي، المطول، ج٤، ص٦٤٨.

(٣) ظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٤٣.

والنشر، بعد هذا، لا يضفي على القانون قوته الملزمة، أي لا يجعل القانون ملزماً. فالقوة الملزمة للقانون يجدها في ذاته ان صح التعبير بعد ان تكون اجراءات تشريعه قد استكملت. فالنشر، في الحقيقة، يقتصر على تحديد اللحظة او الزمن الذي ينتج فيها القانون قوته الملزمة واثارها، أي ان يصبح القانون نافذاً[1].

واذا كان النشر، في الازمنة الحديثة، يتم في الجريدة الرسمية، فهذا يعني ان النصوص الرسمية المعول عليها للقانون هي التي تم نشرها في الجريدة الرسمية، دون الاخذ بنظر الاعتبار ما ينشر في الصحف او في مجاميع القوانين، من النصوص الصادرة.

١٦٠. طبيعة النشر

ولتحديد طبيعة النشر، يجب الوقوف عند التمييز بين الاصدار والنشر، فقد تم الخلط بينهما فقهاً وتشريعاً.

فيرى بعض الكتاب الفرنسيين ان الاصدار والنشر، وان اختلفت مسمياتهما، هما شيء واحد، بمعنى ان الاصدار ليس الا احد الاعمال التي تنزع وتسهم في تحقيق النشر. هذا يعني ان الاعلان الرسمي من قبل رئيس الدولة عن وجود القانون لا يبغي غير معرفة القانون من قبل المواطنين والسلطات المعنية للعمل بموجبه وتنفيذه. لذلك قيل: ان "الاصدار هو احد عناصر النشر".

وقد لقي التمييز بين الاصدار والنشر العديد من المعارضين في المانيا. فقيل ان المذهب الذي يرى في الاصدار عملاً خاصاً يتوسط تبني القانون ونشره، لا اساس له في القانون الالماني ولا في القانون الفرنسي. وقيل ان "ما (يسمونه) الاصدار ليس شيئاً آخر غير اجراء آمر بالنشر"[2].

وقد تصدى الاستاذ كاره دمالبر لهذا الاتجاه الذي يخلط بين الاصدار والنشر: فقال ان الاصدار عمل قانوني بالمعنى الدقيق، لانه ينتج بعض الاثار القانونية، اما النشر فهو عمل مادي يتضمن ادراج القانون في الجريدة الرسمية وبالتالي فإنه بذاته لا ينتج مباشرة آثاراً قانونية، بل هو "الطريقة المستخدمة لكي توصل القانون الى معرفة كل المواطنين".

والفرق الآخر، يقول كاره دمالبر، بين الاصدار والنشر يتعلق بموضوعهما. فالاصدار يتضمن اساساً تثبيت انتظام اقامة القانون، ويؤكد في ذات الوقت محتواه، بينما النشر لا يعني غير انه اجراء اعلامي غايته بث معرفة القانون في البلاد. لذلك قال بورتاليس ان النشر هو "معرفة ان القانون قد أُصدر"، أي ان النشر يفترض الاصدار، لان موضوعه هو ايصال الاصدار الى علم الجمهور[3].

ويتساءل الاستاذ كاره دمالبر: كيف ان الكتاب قدموا الاصدار على انه اثبات يتم "امام الجمهور" او انه اعلام موجه الى الامة او "اعلان" للقانون، في حين ان الاصدار يتم في مكتب رئيس الدولة، والجمهور يجهل فيما اذا كان بعد ذلك سيلحقه نشر القانون؟ الا ان ذلك يفسر،

(١) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٢٥.
(٢) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٣٧ – ٤٣٩.
(٣) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٣٩ – ٤٤٠.

يقول الاستاذ كاره دمالبر، العلاقة الوثيقة بين مرسوم اصدار القانون وبين الادراج في الجريدة الرسمية الذي يبغي نشر القانون.

"فاذا كان... النشر في ذاته وبموضوعه يتميز بوضوح من الناحية القانونية عن الاصدار، واذا كان عملية لاحقة على الاصدار وانه يفترض ان هذا قد تم، واذا...كان هذين العملين يجب ان لا يختلطا من الناحية النظرية... فإنه مع هذا، يجب ان نعترف انهما يتماسان ويرتبطان مباشرة الواحد بالاخر"(١).

وعليه يمكن القول ان الاصدار يضع القانون في الطريق نحو النشر، ولذا اعتبره الكتاب اعلاناً موجهاً الى "المجتمع". الا ان الاصدار ليس جزءاً لا يتجزأ من النشر، كما ان الادراج في الجريدة الرسمية لا يكون عنصراً من عناصر الاصدار. ومع هذا فإن الاصدار وان كان له موضوعه الخاص، فإن نتيجته المباشرة هي تحريك النشر. ولهذا قال بورتاليس: "النشر هو نتيجة الاصدار وان موضوعه هو الاعلام بالقانون"(٢).

١٦١ . نتيجة النشر: لا يعذر احد لجهله القانون

بعد نشر القانون في الجريدة الرسمية يطبق على جميع المواطنين، وبصورة عامة على الاجانب المتواجدين على اقليم الدولة. ولكي يطبق القانون بكل ما يتضمنه من تحديد سلوك وقيود تحد من حرية الفرد، يجب ان يعرفه او يلم به هذا الاخير. والنشر في الجريدة الرسمية يفترض هذه المعرفة. الا ان الواقع شيء والافتراض شيء آخر. فاعلام المواطن بما يصدر من قوانين وغيرها من القواعد القانونية، محدود. ثم ان الالمام بالتشريعات التي تنشر يحتاج الى شيء من التخصص لا يملكه المواطن الاعتيادي وحتى المثقف. اما بالنسبة للمتخصص فإن كثرة القوانين والقرارات وتعقيدها تجعله يحتاج الى دراية كافية وزمن كاف للالمام بها وتحديد محملها وبالتالي معرفة مدى تطبيقها. ومن جهة اخرى فإن المواطن يحكمه القانون في كل حياته، فلا يقوم بتصرف الا وكان للقانون حكم فيه: فمنذ ولادته وحتى مماته يحكمه القانون. ففي حياته المدنية والسياسية والعائلية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية يخضع المواطن للقانون، بل ان العديد من تصرفاته لا قيمة لها ما لم تتم وفقاً للقانون. عندها الا يبدو "منطقياً"، لاول وهلة، ان لا نطبق القانون الا على من الم به او عرفه.

واليس من المنطق ايضاً ان نقبل دفع المواطن بجهله القانون. لكن في مواجهة هذا المنطق يقف مبدأ ثابت وقديم يقول: "لا يعذر احد لجهله القانون "Nul N'est Censé Ignorer La Loi". وهذا ما عبرت عنه وحددت محمله المادة ٦ من قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٧، حين نصت على ان "لا يعتد بالجهل بمضمون ما ينشر في الوقائع العراقية". فمن المتفق عليه ان كلمة "قانون" التي جاءت في المبدأ لا تقتصر على القانون الوضعي فحسب، بل تشمل التشريعات الاخرى ايضاً. ولهذا فإن بعض الدول، كفرنسا، ارادت ان تخفف من صرامة

---

(١) كاره دمالبر: النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٤١.

(٢) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٤٤٢.

هذا المبدأ فاعتبرت ان القانون لا يطبق الا بعد مرور فترة معينة على نشره في الجريدة الرسمية، كما اجازت (بمقتضى احد تشريعاتها) للمحاكم والسلطات الادارية والعسكرية، وفقاً للظروف، قبول الدفع بالجهل بالقانون في المخالفات اذا وقعت خلال ثلاثة ايام من يوم نشر القانون.

ولكن، مع هذا، يبقى مبدأ "الجهل بالقانون ليس بعذر" صارماً لانه يقوم على قرينة معرفة القاعدة القانونية من قبل الخاضعين لها وان أي احد منهم لا يمكن ان يفلت من تطبيق القانون بحجة جهله له. وهذه القرينة غير قابلة لاثبات العكس، فلا يمكن لمن يخضع "للقانون" ان يقيم الدليل على عدم علمه او جهله به. وكل ذلك يطرح، اذن، بالحاح مسألة تبرير مبدأ الجهل بالقانون ليس بعذر.

١٦٢ . تبرير مبدأ الجهل بالقانون ليس بعذر

يجد هذا المبدأ تبريره، وحتى جدواه، في ظاهرتين اساسيتين في كل مجتمع وهما: ظاهرة القانون وظاهرة السلطة. فمنطق فكرة القانون يقضي بأن هدف القانون هو تنظيم المجتمع وبالتالي ضرورة تطبيق القواعد القانونية التي يضعها القابضون على السلطة. وفكرة تنظيم حياة المجتمع عن طريق القانون سيصيبها الخلل وتتعرض حياة الجماعة الى البلبة، وربما الى الفوضى، اذا ابيح لكل فرد ان يدفع بجهله القانون الذي يطبق عليه. فاعتبارات الامن القانوني تؤيد، اذن، الاخذ بمبدأ الجهل بالقانون ليس بعذر، ولا تبيح، بالتالي، لاحد ان يدفع بجهله القانون.

والسلطة، من ناحية اخرى، هي التي تضع القانون لان ممارسة السلطة تكون عن طريق وضع القواعد القانونية التي تنظم حياة المجتمع. فقبول المواطنين بالسلطة معناه قبولهم بطريقة ممارستها التي تتمخض عن وضع القواعد القانونية وبالتالي قبولهم بهذه القواعد. وقبول المواطنين بالسلطة معناه ايضاً اعترافهم المسبق بالخضوع لما ستضعه السلطة من قواعد قانونية ودون تعليق هذا الخضوع على شرط معرفة هذه القواعد. فاكثر الناس يجهلون القانون لكنهم لا يحتجون على تطبيقه. فالموافقة الشمولية من قبل المواطنين على السلطة تعني الموافقة الشمولية على ما تضعه السلطة من قواعد قانونية أي دون حاجة الى موافقة خاصة على كل قاعدة تطبق. لذا يمكن القول ان شرعية السلطة تعني "شرعية" القانون الذي تضعه وبالتالي "شرعية" مبدأ الجهل بالقانون ليس بعذر. ولهذا قال بعض الفقهاء ان نشر القانون لا يعني بالدرجة الاولى معرفته بقدر ما يعني تحديد الزمن الذي بدءاً منه لا يعذر احد بجهله القانون[1]. فأمر السلطة او الحكومة الشرعية يسلم به المواطنون حاضراً ومستقبلاً دون ان يعلقوا ذلك على معرفتهم لمضمونه او لمضمون كل قاعدة قانونية تصدر عن السلطة وكأن المبدأ يقول: "انت تقبل السلطة، فعليك ان تقبل قانونها، ولا يقبل منك عذر الجهل به".

ومعرفة قوانين السلطة تزيد من وعي المواطنين وقد تكون سبباً في تقوية شرعيتها. كما ان مبدأ مساواة المواطنين امام القانون (الذي يجد اساسه في الفكرة الديموقراطية) يفضل ان تسعى الدولة الى نشر العلم بالقانون ومعرفته ليكون مبدأ "لايعذر احد لجهله القانون" حقيقة واقعة.

---

(1) انظر: هيزر، النظرية العامة للقانون، ص١٨١.

١٦٣ . القوانين المؤقتة

بعد نشر القانون في الجريدة الرسمية يتوجب العمل به أي تطبيقه من قبل الكافة. فالقانون وضع ليدوم وبعض القوانين مضت عليها فترات طويلة من الزمن دون ان تغير. فالديمومة هي الاصل في القانون ولذلك قال بعض الفقهاء ان القانون الذي يوضع لفترة معينة او لزمن محدد ليس بقانون حقيقي.

ومنطلق هؤلاء الفقهاء هو انه طالما ان القاعدة القانونية ذات صفة عامة ومجردة، فإنها اقيمت بصورة دائمة لتحكم حالات غير محددة.

ويطور العميد ريبير هذه الفكرة فيقول: "ان القانون يجب ان لا يقام لأجل تصرفات ووقائع تحدث لعدة ايام او اشهر بعد اصداره. فهو يطبق على الاجيال التي تتبع جيل من اقامه. وان كان مقرر له ان ينظم سلوك البشر، فإنه يبلغ المستقبل". ويضيف قوله: ان "ديمومة القانون تهدأ من صراع القوى المتعارضة وتقيم بحكم الاحترام المعتاد نظاماً يعتبر عادلاً... ومع هذا فإن المشرع يستسلم الى اغراء اقامة القوانين المؤقتة. انها اجراء مصانعة بين مصالح متعارضة، فيعطي البعض الامل بأن مصالحه لم يضحى بها الا لفترة قصيرة، وللاخرين القناعة بأن وضعاً لا يطاق سوف لا يستمر بعد ان عالجه"[(١)].

ونلاحظ على هذه النظرية ان عمومية القاعدة القانونية لا تفرض حتماً الديمومة، فالقاعدة القانونية الفردية تتمتع هي الاخرى بالديمومة في اثرها، كما ان عمومية القاعدة القانونية لا تتعارض مع صفتها المؤقتة ابداً. واذا كان القانون يطبق على الاجيال القادمة، فيجب ان لا ينسى اوضاع الاجيال المعاصرة لأقامة القانون.

واذا كانت ديمومة القانون تخلق التهدئة بين القوى المتعارضة، فإن القوانين المؤقتة تلعب دوراً في تهدئة الاوضاع الحادة والمتعارضة وان اجراءاتها تحقق غالباً عدالة حقيقية حين تعالج اوضاعاً مجحفة بحق شريحة او اكثر في المجتمع.

ونعتقد ان ما ذهب اليه العميد ريبير كان مدفوعاً باوضاع معينة اجتماعية واقتصادية وسياسية عاشتها فرنسا، وبالتالي فإنه من غير الصحيح تعميم ذلك في اطار نظري. والقانون ابن الوقائع وقائدها او هو يواكب هذه الوقائع ويعالجها دون ان يتعارض ذلك مع دور المشرع في "ان ينظم بالنسبة للمستقبل لا ان يطمن مصالح عابرة" كما يقول العميد ريبير[(٢)].

والقوانين المؤقتة، بعد هذا، موجودة بالفعل. وهذه القوانين المؤقتة تمليها طبيعة القانون او الظروف الاستثنائية التي من اجلها شرع القانون. وعليه يمكن اعتبار قانون الموازنة من القوانين المؤقتة، لان مداه الزمني محدد بسنة واحدة (السنة المالية المتعلقة بتنفيذ موازنة الدولة). وظروف

---

(١) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢١٨،٢١٧.

(٢) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢١٩.

الحرب تفرض وضع قوانين لتدوم طيلة فترة الحرب او بعدها بمدة قصيرة وينتهي وجودها بانتهاء الحرب او بانتهاء هذه المدة التي تليها.

ومن القوانين المؤقتة يمكن ان نقرب ما اصطلح على تسميته "قوانين الاعفاء lois De Dispense"[1]، اذ ان اثر هذه القوانين محدد زمنياً، كما انها توقف مؤقتاً مفعول قانون سابق في جزئه الذي يخالف قانون الاعفاء.

فقانون العفو، مثلاً، الذي تكون له مدة محددة هو قانون مؤقت، يوقف خلال هذه المدة مفعول قانون سابق الوجود بشأن الافعال التي تم العفو عنها. واذا كان اثر قوانين الاعفاء محدد في الزمان فإنها مع هذا "قواعد قانونية حقيقية، لانها تخلق لزمن (محدد) حكماً عاماً ومجرداً".

ومثاله ايضاً القوانين التي تمنح مهلة في فترات الازمات، كالحروب، فإنها تعلق تطبيق نص او اكثر من قانون معين (كقانون الايجار) حين تقرر تأجيل دفع بدل الايجار، مثلاً، خلال فترة محددة، وبعد انتهاء هذه الفترة تعود النصوص التي علقت الى التطبيق وعلى المستأجر دفع بدل الايجار.

الا ان الاصل هو ان القوانين توضع لتستمر دون تحديد مدة، غير ان هذا الاستمرار ليس بازلي لانها معرضة للالغاء.

١٦٤. إلغاء القوانين

فالقوانين وضعت، بصورة عامة، نتيجة ظروف معينة، فاذا تغيرت هذه الظروف، التي يقدرها المشرع، فإنها يمكن ان تلغى كلاً او جزءاً. والغاء القانون يعني ازالة قوته الملزمة بازالة القانون ذاته او احلال قانون آخر محله. فبعد الالغاء ينتهي مفعول القانون اذ لا وجود له بعد الآن.

ومن الغاء القانون علينا ان نميز ابطال القانون. وابطال القانون يعني ازالة أي اثر للقانون منذ تأريخ صدوره الى يوم ابطاله. وهذا الاجراء الاستثنائي أي الابطال ربما يجد اساسه في اعتبارات سياسية واخلاقية. وقد ابطلت، بعد تحرير فرنسا في آب ١٩٤٤ العديد من النصوص التي صدرت في ظل حكومة فيشي.

والغاء القانون يحكمه مبدأ ان القانون لا يلغى الا من الهيئة المختصة في وضع القانون. فالهيئة التي شرعت القانون هي المختصة بالغاء القانون وفقاً لنفس الاجراءات التي اتبعت لتشريعه. وهذه هي قاعدة "تماثل او توازي الاشكال".

فالقانون (الوضعي) لا يلغيه الا القانون. والغاء القانون يمكن ان يكون صريحاً كما يمكن ان يكون ضمنياً. ويكون الالغاء صريحاً حين يحدد النص او القانون الجديد بشكل واضح وصريح الغاء نص او قانون سابق. والالغاء الصريح يمكن ان يتضمن، من حيث مداه، عدة درجات. فالالغاء يمكن ان يكون كلياً، وقد يكون الالغاء جزئياً حين تحذف بعض نصوص القانون فقط. وفي الاغلب ان الالغاء الجزئي يعني الغاء القانون في بعض نصوصه واعادة صياغتها ويمكن ان تضاف للقانون

---

[1] ...رويبه: النظرية العامة للقانون، ص٢٨.

مواد او نصوص اخرى، وهذا هو تعديل القانون. وجدير بالتنويه انه اذا الغي قانون سبق ان الغى قانوناً اخر فلا يعني ذلك عودة القانون الملغي الى النفاذ ثانية. وهذا ما ارادت التأكيد عليه المادة الخامسة من "قانون النشر في الجريدة الرسمية" حين قالت: "اذا الُغي قانون كلاً او جزءاً فلا يعود ما الغي نافذاً بالغاء القانون الذي الغاه، ما لم ينص صراحة على خلاف ذلك".

الا ان المشكلة الحقيقية التي يثيرها الالغاء الصريح هي حين يصاغ الالغاء بصورة عامة ومجردة، كأن ينص في القانون الجديد على ان "لا يعمل بأي نص مخالف لاحكام هذا القانون". وعندها يخيم عدم التحديد على محمل او بُعد الالغاء. والرأي في فرنسا، في مثل هذه الحالة هو ان للتفسير دوراً في هذا المجال تحت رقابة محكمة النقض على نظير ما يتم في حالة الالغاء الضمني. ويتحقق الالغاء الضمني حين لا يتضمن القانون الجديد أي نص صريح بالغاء مادة او اكثر من قانون سابق الوجود عليه وانما هناك تضارب او عدم توافق بين مواد القانون الجديد ومواد القانون السابق. وتشترط محكمة النقض الفرنسية لتحقيق الالغاء الضمني، اما وجود تناقض بين القاعدة الجديدة والقاعدة القديمة، واما وجود تعارض بينهما أي استحالة تطبيقهما في ذات الوقت[1].

وكما في حالة الالغاء الصريح، فإن النص الملغي ضمناً لا يعود الى الحياة ثانية عند الغاء او تعديل النص الذي ناقضه.

رابعاً ـ تنازع القوانين في الزمان

١٦٥ ـ طرح المشكلة

لا شك ان الغاء قانون بقانون آخر امر جائز، كما رأينا، فالمشرع يقدر الوقت والظرف الذي يقرر فيه هذا الالغاء. ولكن السؤال الذي يطرح يتعلق بآثار قانون الالغاء او القانون الجديد: هل تكون هذه الآثار بالنسبة للمستقبل أي انها تحدث بعد اصدار القانون الجديد، ام انها تمتد الى الماضي، أي الى ما قبل اصدار هذا القانون؟ فالامر يبقى، اذن، بشكل او بآخر في اطار "الغاء القوانين"، ولكن هذا الالغاء يمكن ان يُحدث تنازعاً في القوانين من حيث زمان تطبيقها وآثارها.

بناءً عليه فإن دخول القانون الجديد حيز التنفيذ يثير مشكلة شروط حلوله محل القانون السابق عليه، بمعنى تحديد نطاق تطبيقه في الزمان. ونسوق المثل التالي توضيحاً لذلك: عُقد زواج بين شخصين عام ١٩٧٥ في العراق، وفي العام ١٩٨٠ صدر قانون يسهل شروط الطلاق او التفريق. فالسؤال الذي يطرح عندها، هل ان الزوجين يمكن ان يتمسكا باحكام القانون الجديد، رغم انهما تزوجا قبل صدوره، أي في ظل قانون سابق عليه.

هذا يعني انه يجب تحديد المحمل الدقيق لتطبيق القانون الجديد، والبحث فيما اذا كان القانون القديم يحتفظ ببعض الآثار التي يجب تحديدها بالدقة اللازمة. قانونان، اذن، يتنازعان من حيث امتداد آثارهما، وهذه باختصار مشكلة "تنازع القوانين في الزمان".

---

١) انظر: اوبير، مدخل الى القانون، المرجع السالف الذكر، ص١١٠-١١١.

والمشرع يميل غالباً الى حل المشكلة وذلك عن طريق النص في القانون الجديد على "احكام انتقالية" تهدف الى تحديد شروط العبور او الانتقال من النظام القانوني السابق الى النظام الجديد، بمعنى انه يحدد نطاق تطبيق القانون الجديد بالنسبة للقانون القديم. الا ان مثل هذه الاحكام لا توجد دائماً في القانون الجديد، وان وجدت فإنها قد لا تحل كل المشاكل. لذلك يبقى السؤال مطروحاً: وفق أي قواعد او مبادئ يمكن ان تحل، بصورة عامة، مشكلة تنازع القوانين في الزمان. ان المبادئ التي تحكم مشكلة تنازع القوانين تجد اساسها في عدة توجهات يمكن تلخيصها في ثلاث.

والتوجه الاول هو الملائمة. فاذا كان المشرع يرى انه من المناسب اقامة نظام قانوني جديد، فذلك لاعتقاده بأن النظام القديم لم يعد مناسباً. فهناك اذن افتراض بأن القانون الجديد افضل من القانون الذي سيحل محله. فمن المنطقي، اذن، ان يحل القانون الجديد محل القانون القديم باسرع ما يمكن وباكمل ما يمكن: وفي ذلك مطلب للتقدم الاجتماعي.

والتوجه الثاني يدور حول المساواة. فالقانون "يجب ان يكون واحداً بالنسبة للكل" تقول المادة ٦ من اعلان حقوق الانسان والمواطن لعام ١٧٨٩. لذلك فإن التطبيق الفوري والعام للقانون الجديد يجب ان يعم كل المواطنين لانهم متساوون امام القانون. ومن هذين التوجهين يمكن استخلاص ان الافضلية هي للقانون الجديد واستبعاد القانون القديم، وشمول الموطنين بمزايا ومنافع القانون الجديد. وبناءً عليه يمكن القول ان المبدأ الاول الذي يعتمده الفقه لحل مشكلة تنازع القوانين في الزمان هو: مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد.

الا ان توجهاً ثالثاً يمكن ان يقف عائقاً امام التوجهين السابقين، الا وهو الامن القانوني. فمن المعروف ان القاعدة القانونية تهدف الى تنظيم الحياة الاجتماعية واقامة علاقات منسجمة بين اولئك الذين توجه اليهم. وفي ذلك توجه قوي ضد المس او اعادة النظر بأثر رجعي في الاوضاع القانونية المكتسبة في ظل القانون السابق. كما ان ذلك يمكن ان يثير مصاعب عملية ليس من السهل تجاوزها. وهذه الاعتبارات يمكن ان تنهض لتكون سبباً كافياً لأقامة مبدأ مهماً هو: مبدأ عدم رجعية القوانين.

ثم ان فكرة الامن القانوني يمكن ان تكون سبباً في عدم اعطاء صفة مطلقة للنتائج المترتبة على قرينة ان القانون الجديد هو افضل من القديم. فتطبيق القانون الجديد على من نظموا اوضاعهم في ظل القانون السابق، يمكن ان يخل بتوقعاتهم وخططهم المشروعة وبالتالي بمشروعية الاوضاع الفردية محل الاعتبار. وفكرة "المساواة" التي تفترض التطبيق الفوري والعام للقانون الجديد هي فكرة لا تخلو من التجريد، الامر الذي يقتضي تضييق محملها في كل الحالات التي تتضمن نشاطات فردية بحتة حيث انه من الصعب التسليم دائماً بحل موحد للجميع.

وهذه المعطيات يمكن ان تكون في صالح مبدأ ثالث يحكم تنازع القوانين في الزمان، الا وهو: مبدأ بقاء القانون القديم [1].

لنرى، الان، وباختصار معنى ومحمل كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاث.

: اوبير، المدخل الى القانون، ص٩٦ – ٩٧.

١٦٦ . مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد

المبدأ: ان القانون الجديد يطبق دون قيد منذ لحظة دخوله حيز التنفيذ ويفرض على الكل حاضراً ومستقبلاً. الا ان هذا المبدأ يجب ان لا يطبق بصورة مطلقة حيث يجب التمييز بين: نشأة الوضع القانوني الجديد وبين آثار وضع قانوني نشأ في ظل قانون سابق.

فبالنسبة الى نشأة وضع قانوني جديد، فإن مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد لا يواجه أية عقبة. فالملائمة والمساواة والامن القانوني لا تعارض هذا الحل. كما ان هذا المبدأ يصح في القانون العام كما في القانون الخاص.

فاذا كانت شروط الزواج، مثلاً، قد عدلت، فإن هذه الشروط يجب ان تؤخذ بنظر الاعتبار بالنسبة لكل من يريد الزواج بعد دخول القانون الجديد حيز التنفيذ.

إلا ان المسألة تصبح اكثر تعقيداً اذا كانت نشأة الوضع القانوني ترتبط بمسيرة بدأت قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ. ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق القواعد الجديدة بشكل مطلق دون الاخذ بنظر الاعتبار ما تم في ظل القانون السابق. ولتوضيح ذلك نسوق مثل القوانين التي تعدل مدد التقادم. فاذا حدد القانون الجديد مدة اقصر للتقادم، فإنها تطبق على كل التقادمات المستمرة، ويبدأ سريان المدة الجديدة من تاريخ نفاذ القانون الجديد. الا ان تخفيض المدة يجب ان يكون بحيث ان مجموع المدة الباقية للسريان زائداً مدة التقادم التي تمت سابقاً لا تتجاوز مدة التقادم في ظل القانون السابق التي لم يردها المشرع. فاذا كان القانون الجديد قد خفض مدة التقادم من ٣٠عاماً الى ٥ اعوام، واكمل شخص ٢٦ عاماً من المدة الاصلية في يوم دخول القانون الجديد حيز التنفيذ، فإن مدة التقادم ستكون بالنسبة له ٤سنوات بدلاً من خمسة (بعد تأريخ نفاذ القانون الجديد).

اما اذا كان هذا الشخص لم يكمل غير ٢٤سنة في ظل القانون القديم فإن مدة التقادم ستكون بانلسبة له ٥سنوات وهي التي حددها القانون الجديد[1]. اما اذا كانت مدة التقادم الجديدة اطول من القديمة، فإنها تطبق فوراً على الاوضاع الجارية. الا انه، في هذه الحالة، يجب الاخذ بنظر الاعتبار المدة التي سرت في ظل القانون القديم (والا تضرر الاشخاص الذين بدأ سريان مدة التقادم بالنسبة لهم قبل القانون الجديد). فاذا مدد القانون الجديد مدة التقادم من ١٠سنوات الى ٢٠سنة، وان شخصاً قضى ٨سنوات من التقادم في ظل القانون القديم، فإن مدة التقادم ستكون، بالنسبة له، ١٢سنة من تاريخ نفاذ القانون الجديد. وفيما يتعلق بالتطبيق الفوري للقانون الجديد على آثار الوضع القانوني الذي نشأ سابقاً، فإنه يجب التمييز بين "الاوضاع القانونية المشروعة S.J.Légales او

---

[1] هذا الاتجاه كرسته محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٧٢ حيث قالت: "حين يخفض القانون مدة التقادم، فإن التقادم المخفض يبدأ بالسريان، ان لم هناك نص مخالف، من يوم نفاذ القانون الجديد، دون ان يتجاوز مجموع مدة السريان تلك التي حددها القانون السابق".

الموضوعية و"الاوضاع القانونية التعاقدية" او الذاتية. فالاوضاع المشروعة تتصف بأنها اوضاع يريد المشرع ان يحتفظ بالسيطرة عليها وبالتالي فإنه من "الطبيعي" تخضع في كل لحظة للقواعد التي يعتبرها المشرع ضرورية. فاذا الغى قانون جديد الطلاق فإن هذا القانون يطبق حتى على الاشخاص المتزوجين قبل صدور هذا القانون الجديد[1].

ان "توجهات المساواة والملائمة، ما لم يكن بدرجة اقل الامن القانوني، تسهم بفرض تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلية للاوضاع المشروعة التي تكونت قبل ذلك"[2].

اما فيما يتعلق بالاوضاع القانونية التعاقدية، فإن موضوعها سيعالج عند الكلام عن "مبدأ بقاء القانون القديم".

١٦٧ . مبدأ عدم رجعية القوانين

لا شك ان تنازع القوانين في الزمان يطرح مشاكل متعددة لا تخلو من التعقيد. وهذا ما يدعو المشرع لان يتدخل في حل مشكلة التنازع فيقرر ان القانون الجديد يكون له اثر رجعي، أي انه يطبق على التصرفات والوقائع السابقة على اصداره.

ولكي يُمنع المشرع من هذا الاغراء فإن المادة ٢ من القانون المدني الفرنسي طرحت مبدأ عدم رجعية القوانين، أي ان القانون الذي يقيم قاعدة سلوك لا يمكن ان يحكم تصرفات اجريت بصورة صحيحة او وقائع تمت وفق الاصول قبل صدوره.

ومبدأ عدم الرجعية تقضي به طبيعة القانون نفسها "فمن يدقق في طبيعة القانون، يقر البداهة بأن القانون لا يمكن ان يكون ذا اثر رجعي، والا خلق فوضى عميقة"[3].

لذلك فإن محمل المبدأ يجب ان يدرك بشكل دقيق وواضح: فهو يمنع رجعية القانون ليس فقط بالنسبة لنشأة الاوضاع القانونية وانما يشمل هذا المنع ايضاً الآثار المترتبة على الاوضاع التي نشأت قبل صدور القانون الجديد، سواء كانت هذه الاوضاع مشروعة ام تعاقدية. فعلى سبيل المثال، اذا كان عقد قرض قد ابرم بفائدة تزيد على ما يعتبره القانون الجديد فائدة ربوية، فلا يجوز للمقترض بعد ان سدد القرض والفائدة ان يتمسك بالقانون الجديد لاعادة النظر فيما دفعه من دين.

ومبدأ عدم رجعية القوانين ذو محمل عام، فهو يصح بالنسبة لكل الاوضاع القانونية في نطاق القانون الخاص كما في نطاق القانون العام.

وسلطة هذا المبدا تجد تبريرها في فكرة "الامن القانوني" التي امامها يجب ان تنحني

---

(١) "كل قانون يعدل النظام القانوني للزواج يطبق... على كل الاشخاص المتزوجين، حتى على اولئك الذين تزوجوا قبل القانون الجديد... فيجب ان ندرك جيداً بان حالة الاشخاص المتزوجين هي وضع قانوني موضوعي ينحدر من القانون وليس من الزواج . اتفاق، الذي هو ليس الا شرط لتطبيق القانون على الزوجين" ، يقول العميد دكي (المطول، ج٢، ص٢٤٦).

(٢) انظر: اوبير، المدخل الى القانون، ص٩٩ – ١٠٠.

(٣) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٣٢٢ – ٣٢٣. والمثل التأريخي الشهير على الفوضى التي يخلقها الاثر الرجعي للقانون الجديد ما تم في فرنسا حين صدر مرسوم في السنة الثانية من الثورة يقضي بتطبيق القواعد الجديدة في المساواة في الميراث، على كل حالات التوارث التي تحققت منذ ١٤ تموز١٧٨٩.

(٤) انظر: اوبير، المدخل الى القانون، ص٩٨.

اعتبارات الملائمة، المساواة وحتى التقدم الاجتماعي"[٤].

وانصب مبدأ عدم رجعية القوانين، تأريخياً، على الامور الجزائية بالدرجة الاولى وكذلك على الامور المدنية. وقد وجد تكريسه في اعلانات الحقوق وفي الدساتير والقوانين الاعتيادية. فقد نصت المادة ٨ من اعلان حقوق الانسان لعام ١٧٨٩ على ان: "...لا احد يمكن ان يعاقب الا وفقاً لقانون اقيم واصدر قبل الجرم وطبق بصورة مشروعة". اما المادة ١٤ من اعلان الحقوق الذي تصدر دستور ٢٤ حزيران ١٧٩٣ فقد اكدت بقوة على المبدأ حين اعلنت: ان "...القانون الذي يعاقب الجنح المرتكبة قبل وجوده، طغيان، والاثر الرجعي للقانون جريمة".

وتنص المادة ١٤ من اعلان حقوق وواجبات الانسان والمواطن التي تصدرت دستور السنة الثالثة (١٧٩٥) على ان: "أي قانون سواء كان جزائياً ام مدنياً لا يمكن ان يكون له اثر رجعي".

وتنص المادة ٢ من القانون المدني الفرنسي على ان: "لا يحكم القانون الا بالنسبة للمستقبل (و) ليس له اثر رجعي". وتنص المادة ٤ من قانون العقوبات الفرنسي على ان: "لا مخالفة ولا جنحة ولا جريمة يمكن ان تعاقب بعقوبات لم ينص عليها القانون قبل ان ترتكب".

وتنص المادة الاولى من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على ان "لا عقاب على فعل او امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه".

اما الاعلان العالمي لحقوق الانسان فيقول: "لا احد يمكن ان يدان عن افعال او امتناعات لا تكوّن في الوقت الذي ارتكبت فيه فعلاً تقصيرياً، وفقاً للقانون الوطني او الدولي"(م١١ - ٢).

وبصرف النظر عن "القيمة" الدستورية او السمودستورية التي يعطيها العميد دكي الى مبدأ عدم رجعية القوانين، فإنه قد اسهم، مستنداً في ذلك على التكنيك القانوني الخاص بمذهبه في تحديد محمل ونتائج هذا المبدأ.

يقول العميد دكي ان القوانين تخاطب الافراد وتستهدف اما تصرفات واما اوضاع، لذلك فإن تحديد نطاق تطبيقها في الزمان يوجب التمييز بين القوانين التي تحكم التصرفات وتلك التي تحكم الاوضاع.

فبالنسبة الى القوانين التي تحكم التصرفات فإن الحل الواجب الاتباع في التنازع هو التالي: التصرف سواء كان قانونياً او غير قانوني، يحكم دائماً بالقانون النافذ وقت قيامه ويبقى محكوماً بهذا القانون مهما كانت التعديلات التي تجري عليه بعد ذلك[١] و"اذا كان الامر غير ذلك فسوف لا يكون أي ضمان واي امن بالنسبة للافراد وستكون الحياة الاجتماعية قد اخل بها بشكل خطير"[٢].

اما بالنسبة للقوانين المتعلقة بالاوضاع القانونية، فيجب التمييز بين الاوضاع القانونية الذاتية والاوضاع القانونية الموضوعية او المشروعة.

و"القانون الجديد لا يستطيع تغيير وضعاً قانونياً ذاتياً، واذا قام بذلك فسيكون له اثر رجعي...

ر: دكي، المطول، ج٢، ص٢٣١.

؛ المطول، ج٢، ص٢٣٢.

(غير ان) القانون الجديد يغير دائماً وضعاً قانونياً موضوعياً يوجد وقت اصداره، وبذلك فليس له اثر رجعي "[1]. فاذا استطاع القانون الجديد تغيير وضع قانوني ذاتي سابق الوجود، فإنه سيمس، نتيجة لذلك، التصرف القانوني الذي كان الوضع القانوني نتيجة له والذي كان موافقاً للقانون وقت القيام به. الا ان القانون الجديد يطبق على الاوضاع القانونية الموضوعية او المشروعة الموجودة في وقت اصداره وبذلك فليس له اثر رجعي.

وعلة ذلك، يقول العميد دكي، هي ان الوضع القانوني الموضوعي او المشروع هو نتيجة لتطبيق القانون. فهو، بمعنى من المعاني القانون نفسه في حالة تطبيق. والامر كذلك حتى اذا نشأ الوضع القانوني الموضوعي نتيجة لتصرف اصولي وفقاً للقانون النافذ وقت اتمامه. ولذلك لا يمكن القول ان القانون الجديد الذي يطبق على الوضع القنوني المشروع الذي سبق ان نشأ ذو اثر رجعي، حيث يطبق على تصرف قانوني سابق عليه ويعدل آثاره. فالوضع القانوني الموضوعي ليس نتيجة لهذا التصرف، بل هو ينحدر مباشرة من القانون. فاعلان الارادة حتى اذا كانت تعاقدية ليست الا شرطاً لتطبيق القانون على هذا الشخص او ذاك.

والقانون الجديد يعدل فقط هذا الوضع القانوني. فالوضع القانوني الموضوعي ولد من القانون وليس من التصرف، لذا فإنه يتأثر بالتعديلات التي تجري على القانون[2].

وحين انكب العميد دكي على معالجة مبدأ عدم رجعية القوانين في نطاق القوانين الجزائية، فقد استعان في ذلك بتحليله للقاعدة القانونية.

فالقانون الجزائي، بالنسبة له، يتضمن حكمين مختلفين: ففي كل قانون جزائي توجد "السنة الجزائية" التي توجه الى الافراد تمنعهم من القيام بهذا الشيء او ذاك. وهذا العنصر الاول للقانون الجزائي هو اساس التجريم. كما يتضمن القانون الجزائي نصاً بناءً يوجه الى "الوكلاء agents" العامين فقط ليحدد طريقة تنفيذ التجريم والعقوبة التي ستفرض على الفرد المذنب[3].

وحيث ان السنة الجزائية توجه الى الافراد (وهي اساس التجريم) فمن البديهي ان أي شخص لا يمكن ان يجرم اذا ارتكب فعلاً لا يمنعه أي قانون وقت ارتكابه. وهذا ما يقضي به المنطق السليم والعدالة، لان أي تجريم لا يكون ممكناً اذا كانت السنة التي هي اساسه لم توجد بعد.

وحيث ان النص البناء يوجه الى الوكلاء محدداً الاختصاص والاجراءات وطبيعة ومقدار العقوبة، فإن القانون الذي يطبق هو النافذ عند تدخل الوكلاء العامين او المحكمة، حتى اذا اختلف هذا القانون عن الذي كان نافذاً يوم ارتكاب الجرم. والسبب في ذلك يعود الى ان النص البناء هو "قانون اختصاص" وان القانون المتعلق بالاختصاص الذي يطبق هو القانون النافذ يوم تدخل

(1) دكي: المطول، ج٢، ص٢٢٨.

(2) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص٢٣٩-٢٤٠.

(3) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص٢٦١.

الوكلاء العامين[1]. وعليه فإن العقوبة التي تفرض يحددها القانون النافذ يوم الادانة وليس القانون الذي كان نافذاً يوم وقوع الجريمة.

الا ان مبدأ عدم رجعية القوانين، رغم اهميته، يخضع لعدد من الاستثناءات. ففي ميدان القوانين الجزائية، فإن القانون الارحم يكون له اثر رجعي. وهذا ما ذهب اليه المجلس الدستوري في فرنسا، قائلاً: "...حين ينص القانون الجزائي الجديد على عقوبات اقل شدة من القانون القديم، فإنه يجب ان يطبق على "المخالفات" التي ارتكبت قبل دخوله حيز التنفيذ ولم تؤد الى ادانات لها قوة الشيء المحكوم به".

وقد أُعطي لهذا "الاستثناء" التبرير الآتي: اذا اعتقد المشرع انه من غير المفيد ابقاء عقوبة قاسية لفعل تقصيري معين، فلا داع عندها لتطبيقها على افعال سابقة على القانون الجديد[2].

اما في نطاق القانون الخاص، فقد أُعتقد انه بالرغم من ان مبدأ عدم رجعية القوانين يستند الى فكرة الامن القانوني، فإن هذا المبدأ قد لا يتمشى مع احتياجات المجتمع ومع العدالة. لذلك قيل انه من المناسب ان يترك للمشرع تقدير تقرير رجعية ام عدم رجعية القانون[3].

وفي هذه الحالة يجب ان يعبر المشرع بصراحة عن الرجعية او على الاقل ان تكون ارادته واضحة بما فيها الكفاية. فعلى سبيل المثال فإن المادة ١٢ من القانون الصادر في ٣كانون الثاني ١٩٧٢ في فرنسا، اعتبرت صحيحة الاعترافات بالاطفال المولودين خارج الزواج قبل هذا القانون.

وكذلك نصت المادة ٣من القانون الصادر في ٣تموز ١٩٧١ في فرنسا، والمتعلق بقسمة التركة، على تطبيق هذا القانون على كل التركات التي لم تصف في وقت دخوله حيز التنفيذ.

الا ان المشرع قد لا يكون بهذه الصراحة، ولذلك يلجأ الى تكنيك "القوانين التفسيرية" ليغطي الاثر الرجعي للقانون مما يدل على عدم قناعته بما يقوم به كما لاحظ العميد دكي[4].

---

(١) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص٢٦٢.

فالقانون الذي يعدل اختصاص الموظف او المحكمة، يطبق على كل الموظفين والمحاكم حتى اذا كان تدخل "الموظف" بمناسبة افعال تمت قبل القانون الجديد. "فاختصاص المحكمة، يقول العميد دكي، ليس هو نتيجة للتصرف القانوني او الفعل الذي بمناسبته يمارس الاختصاص. ان اختصاص المحاكم هو، بالدرجة الاولى، وضع قانوني مشروع (موضوعي) الذي يمكن ان يعدل بالقانون في اية لحظة، دون ان يكون لهذا القانون اثر رجعي"(دكي، المطول، ج٢، ص٢٥١).

(٢) انظر: اوبير، المدخل الى القانون، ص١٠٢.

وهذا التبرير جاء في قرار المجلس الدستوري الفرنسي مستنداً في ذلك الى المادة ٨من اعلان حقوق الانسان لعام ١٧٨٩ التي تنص على ان "لا يقيم القانون الا العقوبات الضرورية بكل يقين ودقة". وقد قيل ان هذا "الاستثناء" اكتسب صفة دستورية في حين ان مبدأ عدم رجعية القوانين لم تكن له، بصورة عامة، طبيعة دستورية، في فرنسا، اذ لم يكرس دستورياً (بعكس ما يراه العميد دكي). ونلاحظ ان ليس هناك استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين، لان العقوبة التي تقرر هي التي نص عليها القانون النافذ يوم صدور الحكم، فاذا كانت اخف، فإنها هي التي تطبق (انظر: دكي، المطول، ج٢،ص٢٦٣).

(٣) وهذا هو اتجاه القانون الوضعي الفرنسي (انظر: اوبير، المدخل الى القانون، ص١٠٢). وفي العراق، نصت المادة الخامسة من مشروع القانون المدني على ان: "يسري القانون من تأريخ نفاذه. ولا يسري على الوقائع السابقة على نفاذه الا اذا وجد فيه نص يقضي بسريانه عليها، او تعلق بتفسير قانون سابق".

(٤) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص٢٣٠، وانظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٣٢٢. و"القانون التفسيري". هو النص الذي "يحدد معنى قانون سابق". (انظر: اوبير، المدخل الى القانون، ص١٠٣). والحصافة تقضي، يقول العميد دكي، ان "من يضع نصاً قانونياً تكون له الصلاحية في ان يحدد المعنى الدقيق لهذا النص، واذا كان غامضاً ان يحل محله نصاً واضحاً". (دكي: المطول، ج٢، ص٢٦٨). ويرى الاستاذ اوبير ان هذا التفسير يعطي النص اثراً رجعياً، لانه سيطبق على الوقائع السابقة المتعلقة بالقانون المفسر، اذ يندمج مع هذا القانون مظهراً معناه الدقيق.(انظر: اوبير،=

١٦٨. مبدأ بقاء القانون القديم

يرى الاستاذ روبيه الابقاء او، وفق المصطلح الاكثر استعمالاً، بقاء القانون القديم بالنسبة لكل "الاوضاع التعاقدية" السابقة على دخول القانون الجديد حيز التنفيذ طالما قد تكونت قبل هذا القانون.

وقد قيل ان هذا المبدأ منطقي لأننا بصدد وضع ترك القانون تدبيره الى الارادات الفردية، لذلك فإن ما اقامته الارادات الفردية بصورة مشروعة لا يمكن ان يقلب رأساً على عقب. ثم اليست وظيفة العقد الطبيعية هي، كما قيل، تحقيق استقرار علاقة معينة مع اثرها الملزم ودورها المثبت لوضع مستقبلي. وبعد ذلك طالما نحن بصدد اوضاع، التي هي بالفرضية، قد نظمت بصورة فردية وبالتالي مختلفة، وفقاً لارادة كل واحد، فإن اعتبار المساواة في تطبيق القوانين الجديدة يصبح غير ذي موضوع[(١)].

ويؤيد القضاء الفرنسي هذا المبدأ. فقد اعلنت محكمة النقض عام ١٩٨٢ ان "...آثار العقد الذي ابرم قبل القانون الجديد حتى اذا استمرت في السريان بعد هذا القانون الجديد، تبقى محكومة بنصوص القانون الذي في ظله ابرم العقد".

ويرى العميد دكي ان الوضع القانوني الذاتي هو "...وضع فردي، خاص ومؤقت بمقتضاه يلتزم شخص او اكثر بالقيام باداء معين. وهذا الوضع لا يمكن ان ينشأ الا نتيجة لتصرف قانوني اريد بصورة مشروعة من قبل شخص معين. و... الارادة ليست هي السبب الخلاق للوضع، غير ان موضوع الاداء ونطاقه والاشخاص الذين شملهم قد حددت بعملية فكرية من قبل من قام بالتصرف"[(٢)].

بناءً عليه فإن الوضع القانوني الذاتي الذي وجد بصورة مشروعة نتيجة لتصرف قانوني اصولي يحكمه القانون النافذ وقت اجراء هذا التصرف ويطبق ضمن النطاق الذي حددته العملية

=المدخل الى القانون، ص١٠٢). الا ان العميد دكي يرى ان القانون التفسيري هو، بالتعريف، ليس قانوناً جديداً، وبالتالي فإن مسألة الاثر الرجعي لمثل هذا القانون لا تطرح. "فالتصرفات... التي تمت قبل القانون التفسيري، يقول العميد دكي، تبقى محكومة بالقانون السابق بالمعنى الذي يعطيه اياه القانون الجديد"، بيد انه يستدرك فيضيف: "لكن..يجب ان لا يقيم المشرع تحت غطاء اقامة قانون تفسيري،نصاً جديداً.واذا قام بذلك، فإن الصفة التفسيرية التي يعطيها للقانون تساوي نصاً يُعطى به صراحة الصفة الرجعية للقانون". (دكي: المطول، ج٢، ص٢٧٤). والمثل التقليدي الذي يساق عن محمل القانون التفسيري هو ما تم بصدد المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي، فقد اتجه القضاء الفرنسي الى اعطاء تفسير جديد للفقرة (١) من هذه المادة، مفاده ان هذا النص يتضمن قرينة خطأ عند حارس الشيء الذي احدث ضرراً. فصدر في ٧تشرين الثاني ١٩٢٢ قانون محدداً ان حارس الشيء لا يكون مسؤولاً، اذا حدث حريق اضر بشخص ثالث، ما لم يثبت خطأه. وقد اعتبر هذا القانون مفسراً للمادة ١٣٨٤ (فقرة١) وطبق على الحوادث التي سبقت دخوله حيز التنفيذ. ويرى العميد دكي ان اعطاء الصفة التفسيرية لهذا القانون هو تعليل غير موفق. "فالقانون الجديد (قانون ١٩٢٢) لا يقيم غير قاعدة اثبات و... المحاكم يجب... ان تطبق فيما يتعلق بالادلة والاجراءات القانون النافذ يوم النظر في القضية وليس القانون النافذ في الوقت الذي حدثت فيه الواقعة التي يجب اثباتها". (دكي: المطول، ج٢، ص٢٨٣). لذلك يتوجب عدم افتراض الصفة التفسيرية لقانون ما وان "المحاكم لا تستطيع ان تقر هذه الصفة لنص قانوني الا في الحالات التي يمنحها له المشرع بصراحة" (دكي: المطول، ج٢، ص٢٨٠)، او ان قصد المشرع يظهر بوضوح كاف. (انظر: اوبير، المدخل الى القانون، ص١٠٢،١٠٤). وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٦٢ حين قالت: ان "قانوناً لا يمكن ان يعتبر مفسراً الا حين يقتصر على الاعتراف، دون ان يجدد شيئاً، بأن قانوناً سابقاً ذو تعريف ناقص اصبح محل جدل".

(١) انظر: اوبير، المدخل الى القانون، ص١٠١.

(٢) دكي: المطول، ج٥، ص٢٠٨.

مثل هذا الوضع الذي نشأ بصورة مشروعة قبل صدور هذا القانون. فالمشرع لا يمكن ان يمسه، واذا قام بذلك فإنه سيصطدم بمبدأ عدم رجعية القوانين في صيغته الجوهرية[1]. ولذلك فإن القانون الجديد لا يمكن ان يعدل الفكرية للمعنيين.

واذا كان المشرع لا يستطيع المساس بالاوضاع القانونية الذاتية التي نشأت قبل اصدار القوانين الجديدة، فإنها يمكن ان "تطبق على الاوضاع الفردية التي ستنشأ بعد اصدارها"، يقول العميد دكي[2]. لكن هل يعني ذلك ان القوانين الجديدة تطبق على آثار الاوضاع القانونية الذاتية السابقة قبل صدور القوانين الجديدة؟ ان الامر يحتاج الى توضيح، نجده، على ما نعتقد، عند الاستاذ جيز، حين يقول: "انه من الممكن قانوناً الغاء تصرف قانوني بالنسبة للمستقبل بحيث يتم ايقاف... آثار تصرف قانوني صحيح بالنسبة للمستقبل، وليس من الممكن قانوناً الغاء الآثار التي انتجها... في الماضي تصرف قانوني صحيح"[3].

كما ان الاستاذ اوبير يرى ان "مبدأ عدم الرجعية يقضي فقط بعدم المساس بالآثار السابقة على القانون الجديد، ولا يمنع من تعديل الآثار المستقبلية لوضع تكون قبل القانون"[4].

ولكن هؤلاء الكتاب لم يقدموا لنا تبريراً او سبباً مقنعاً لهذا الحل؟ ونعتقد ان السبب يكمن في فكرة الوضع القانوني الذاتي نفسها. فالارادة الفردية هي ليست "السبب الخلاق للوضع القانوني" فهذا الوضع يخلقه في الحقيقة "القانون الموضوعي" ولم تكن الارادة الفردية الا سبباً في تطبيقه على الافراد. فالقانون (الموضوعي) هو الذي ينشئ اذن هذا الوضع القانوني الذاتي او الفردي ولهذا فإن قانوناً جديداً يمكن ان يعدل القانون الذي تحكم في نشأة الوضع القانوني. فالقانون هو الذي يعدل وليس الارادة التي اظهرت بصورة مشروعة في ظل القانون القديم. فالقانون الذي يحدث الآثار وتعديله هو محل الاعتبار اذن. وعليه فإن التطبيق الفوري للقانون الجديد على الآثار اللاحقة للاوضاع القانونية الذاتية (التعاقدية) التي تمت قبل ذلك، يجد اساسه في ارادة المشرع التي تعدل القانون الذي رتب الاثار القانونية للوضع القانوني السابق. لذلك فإن آثار هذا التعديل (القانوني) لا تتم الا بالنسبة للمستقبل أي منذ اليوم الذي يدخل فيه القانون الجديد حيز التنفيذ. والقانون يمكن ان يعدله دائماً قانون آخر مع بقاء حكم القانون القديم نافذاً حتى وقت التعديل. فاذا تم ابرام عقد قرض، على سبيل المثال، بفائدة معينة، وصدر قانون جديد يخفض هذه الفائدة، فإن هذا التخفيض يتم بحكم القانون، ويستفيد المقترض من ذلك منذ اليوم الذي صدر فيه القانون الجديد، دون ان يكون له الحق بمطالبة المقرض بأن يعيد اليه فروق الفائدة التي تم تحصيلها قبل صدور القانون الجديد. وعليه فإن التطبيق المباشر للقانون الجديد على الاوضاع التعاقدية المستمرة يجب ان يعبر عنه المشرع بصراحة، لان في ارادته يكمن تعديل القانون الذي

---

(1) انظر: دكي، المطول، ج٥، ص٣١٢.
(2) دكي: المطول، ج٥، ص٣١٠.
(3) جيز: مجلة القانون العام، ١٩٢٣، ص١٧٩، ذكره، دكي، المطول، ج٥،ص٣١١.
(4) اوبير: المدخل الى القانون، ص١٠١هامش١٨٢.

يحكم هذه الاوضاع القانونية، فهو "المؤهل الوحيد لتحديد نطاق الاختصاص الممنوح للارادات الفردية وتنويع هذا النطاق عبر الزمن وفق ما يعتبره ضروري"(١) . ولذلك فإن التطبيق الفوري للقانون الجديد على آثار الاوضاع التعاقدية السابقة، لا يمكن ان يقرره القضاء ما لم تكن هناك ارادة واضحة للمشرع في قانونه.

(١) اوبير: المدخل الى القانون، ص١٠٤.

الفصل الثاني
تطبيق القانون الوضعي

١٦٩ - طرح المشكلة وخطة

للقانون الوضعي حياة تبدأ بولادته وتستمر بتطبيقه وتنتهي بالغائه. فبعد اصداره ونشره، فإن يوم تطبيقه قد حدد وبالتالي يكون القانون الوضعي، شكلاً، ضمن النظام القانوني للبلد، وان حياته الرسمية قد بدأت. ولكن ما الأمر بالنسبة لحياته الفعلية او الحقيقية؟ فليس كل ما يشرع يطبق، لكن ما يشرع يجب ان يطبق من قبل السلطة السياسية والمحاكم والافراد. فبين "النظام القانوني الشكلي" و"النظام القانوني الحقيقي" تقوم حياة القانون الوضعي، وبالتالي مشكلة تطبيقه. لقد ولد القانون ليعيش، فعلى السلطة ان تنفذه وعلى القضاء ان يطبقه وعلى الافراد ان يطيعوه، واذا كانت الدولة ملزمة باصدار القانون ونشره، فإن عليها ان تطبق القانون، حكومة وادارة.

ومهمة القضاء هي تطبيق القواعد التي يضعها المشرع. وسواء أقام القضاة بمعاقبة المخالفين او الخارقين للقواعد القانونية، ام أبدوا رأيهم في نزاع بين الاشخاص حول وجود او تطبيق القاعدة القانونية، فهم، في الحقيقة، يطبقون هذه القواعد القانونية. فعندما يوقعون جزاءً على الاشخاص فمعنى هذا، ان القانون يطبق بالرغم من المخالفة له، وعندما يفسرون القانون او يتأكدون من مطابقة او عدم مطابقة علاقة معينة له، فهم يطبقون القانون ايضاً.

وقبل تطبيق القانون من قبل الدولة ووكلائها وقبل تطبيق القانون من قبل القضاء عند اللجوء اليه لحل مشكلة او لوضع حد لخصومة، يتوجب التأمل في علاقة الافراد بالقانون وبالتالي في تطبيقهم له. فالقانون او القاعدة القانونية توجه اصلاً الى افراد المجتمع تطلب منهم القيام بعمل او الامتناع عن القيام به.

والقانون يأمر ولذلك فإن تطبيقه لا يمكن ان يعلق على ارادة الافراد الذين يوجه اليهم. فالأصل ان يكون سلوك الافراد بما يتوافق مع القاعدة القانونية اختياراً، وربما قناعةً، وإلا فإن طاعة القانون او نجاعته قد تنتزع بالارغام.

وعليه فإن للدولة دوراً في تطبيق القانون وللقضاء دوراً في تطبيق القانون وللافراد دوراً في تطبيق القانون.

فالدولة يجب ان تدار بواسطة حكومتها وادارتها عن طريق تطبيق القانون، لذا فإن المسألة

الاولى التي يجب الوقوف عندها هي مسألة ادارة الدولة وتطبيق القانون. والقضاء يفسر القانون قبل ان يطبقه، لذا يجب ان نقف عند دور القضاء في تفسير وتطبيق القانون. واخيراً يجب تحديد موقف الافراد من تطبيق القانون، فقد يكون تطبيق الافراد للقانون اختيارياً وقد يكون تطبيقهم له شكلياً، كما انهم يمكن ان يتجاهلوا القانون، بشكل او بآخر، وقد ينتهي بمقاومة القانون.

لذلك فإن موضوع تطبيق الافراد للقانون يتمتع باهمية خاصة يجب الوقوف عنده كخاتمة للتأمل في تطبيق القانون الوضعي.

وبناءً على ما تقدم فإن مشكلة تطبيق القانون الوضعي تثير ثلاث مسائل اساسية يجب تناولها على التوالي وهي: ادارة الدولة وتطبيق القانون، والقضاء وتطبيق القانون، واخيراً الأفراد وتطبيق القانون.

§ إدارة الدولة وتطبيق القانون

١٧٠ ـ دور الحكومة في تطبيق القانون

الدولة تدار عن طريق تنفيذ القواعد التشريعية من قبل سلطة هي "السلطة التنفيذية"، كما يقال عادةً. إلا ان للدولة سلطة واحدة ووظائف متعددة منها، وربما أهمها، "الوظيفة التنفيذية". وعلى اي حال أكانت سلطة تنفيذية او وظيفة تنفيذية، فإن نشاطها ينصب على تنفيذ القوانين. ولكن واقع السلطة التنفيذية لا يقتصر على هذا التنفيذ، بل هي تسهم ايضاً في التشريع، بمعنى ان لها دوراً تشريعياً ايجابياً او سلبياً.

لذلك، وانطلاقاً من هذه المعطيات التي يفرضها التطور في ممارسة السلطة، برز مصطلح "الحكومة" الذي يمكن ان يغطي بنجاح المهام التي اصبحت من صلاحيات "السلطة التنفيذية". والحكومة تشمل، بصورة عامة، رئيس الدولة والوزارة، وبهذا المعنى فإن مصطلح الحكومة يكاد ان يكون مسلماً به في معظم النظم السياسية.

وبعد هذا التحديد نقول: ان الحكومة تسهم في اقامة القانون عن طريق اقتراحه او مناقشته او الاثنين معاً، فهي ادرى بمعطيات القانون ومتطلبات تنفيذه.

فالبرلمان يضع "قاعدة عامة ومجردة" وهذا يتطلب المزيد من التفاصيل لكي تحكم هذه القاعدة العلاقات الاجتماعية، عندها سيكون من واجب "السلطة التنفيذية" او الحكومة، بعبارة ادق، ان تضع هذه التفاصيل التشريعية التي تأخذ، في الغالب، شكل "الانظمة Les Réglements". واذا كان النظام يكمل القانون فإن مصير تطبيق القانون لا يتوقف دائماً على اصدار الانظمة. فمن القوانين ما تطبق دون اللجوء الى الانظمة ومنها ما تعطي الخيار للحكومة لإصدار الانظمة المكملة للقانون الذي تبناه المشرع، ومنها ما تلزم الحكومة باصدار الانظمة المكملة للقانون. وبهذا المعنى فإن للحكومة دوراً في التشريع، اذ يتوقف تنفيذ القانون، بشكل او بآخر، على هذه الانظمة. وقد لا يقتصر تطبيق القانون على اصدار الانظمة. فالبرلمان، في القانون الذي يضعه، قد يدعو الحكومة للقيام بعمل معين يتوقف على انجازه تنفيذ هذا القانون. والحكومة

حين تشعر بالصعوبات الملقاة على عاتقها في هذه الحالة فإنها ... يجب ان تقوم به وبالتالي نسيان تطبيق القانون، وقد لا يثير ذلك اعتراض المشرع حين يشعر ان تطبيق القانون يمكن ان يؤدي الى احتجاج بدل التأييد.

وقد يعلق تنفيذ القانون على اقامة مرفق اداري، وطالما لم يتم ذلك فإنا لقانون لا ينفذ. وحيث ان مثل هذا المرفق يتطلب توفير الاعتمادات اللازمة التي يقرها البرلمان، فرفضه لهذه الاعتمادات يمكن ان يفسر بأنه موافقة على عدم قيام الحكومة بما عهد اليها وبالتالي عدم تطبيق القانون الذي تبناه البرلمان[1].

وما تقدم يشير الى الدور الفاعل للحكومة ليس في اقامة القانون فحسب، بل في تطبيقه ايضاً، وحتى في تحديد مصيره.

في الحقيقة ان السياسة التدخلية للدولة وتنظيمها لكثير من الامور الاقتصادية والاجتماعية تدفع الى زيادة واهمية الفعل الحكومي. فاذا صوت البرلمان، مثلاً، على قانون يحدد الاسعار، فمن الطبيعي ان تطبيق هذا القانون يحتاج الى سلسلة من "المراسيم التشريعية Décrets".

"لاشك، يقول العميد ريبير، ان الفعل الحكومي قد اجيز من قبل المشرع، لكن القاعدة القانونية لا قيمة لها، وان مراسيم التطبيق هي التي تنظم سلوك اشخاص القانون... فالبرلمان قد تخلى عن جزء من مهمته الى الحكومة، بمنحه اياها سلطة تنظيمية واسعة. وقد انتهى به الامر حتى الى التنحي في هذه السنوات الاخيرة حين اعتبر موضوع... السلطة التشريعية مواد تنظيمية، بما في ضمنها تعديل القوانين النافذة.

والحكومة التي تستطيع التشريع بمراسيم تملك في هذه الحالة سلطة ذات سيادة"[2].

وقد تكرس هذا الاتجاه وصحت نبوؤة العميد ريبير، بعد سنوات قليلة، حين حدد دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية ميدان القانون وما عداه يعود الى الانظمة (م٣٧). ودور الحكومة لا يقتصر على المداخلة التشريعية بشكل او بآخر، وانما يذهب الى حد تعليق او ايقاف مفعول القوانين النافذة، ففي حالات الحرب او الغزو او الاضطرابات يمكن للحكومة ان تعلق تطبيق القوانين في هذه "الحالات الاستثنائية" لانها لم تعد قابلة للتطبيق. ولذلك فإن مراسيم تشريعية وقرارات يمكن ان تعلق الضمانات الانضباطية للموظفين او الحريات الفردية او حماية الاموال[3].

وقد لا تتدخل الحكومة مباشرة لايقاف او تعليق تطبيق بعض القوانين، حيث يمكنها ان تصل الى ذات النتيجة بموقفها السلبي منها اي حين تتغاضى عن خروقات هذه القوانين وبالتالي تشل الامر الذي يتضمنه القانون. الا ان هذه الوسيلة لا يمكن ان تتحقق في ميدان العلاقات القانونية الخاصة، لان صاحب المصلحة في تطبيق القانون يستطيع دائماً التمسك به امام القاضي الامر الذي يرغمه على تطبيقه، لذلك فإنها تجد تطبيقها المفضل في ميدان القواعد القانونية المتعلقة بالمصلحة العامة التي تفرض على الافراد عملاً معيناً او امتناعاً عن عمل وتوكل امر تطبيقه الى

---

(١) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٢٦٦-٢٦٧.

(٢) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٣٦٧-٣٦٨.

(٣) حول نظرية "الظروف الاستثنائية"، انظر: دلوبادير، المطول في القانون الاداري، باريس، ١٩٥٣، بند رقم ٤٠٧.

السلطات العامة، وبالتالي فإن امتناعها يكفي ان يشل فاعلية القانون. صحيح انه في هذه الحالة يمكن القول ان السلطات العامة قد قصرت لعدم قيامها بفرض احترام القانون، إلا ان ما يبرر ذلك هو ان تطبيق القانون يمكن ان يكون دون جدوى او مضراً. ففي نطاق القوانين الجزائية هناك بعض الافعال المعاقب عليها بعقوبات شديدة، الا انه من الصعب اكتشاف هذه الافعال، واذا امكن ذلك فقد يظهر انها لا تستحق العقوبات المقررة لها.

فالادعاء العام لا يهتم بملاحقة افعال اكتشفت بطريق الصدفة وانها غير مؤذية[١].

١٧١ ـ دور الإدارة في تطبيق القانون

يمارس الحكام السلطة في المجتمع، اي انهم يقومون، اولاً، قبل كل شيء، باختيارات تترجم في قواعد تضع الاطار العام لمسيرة المجتمع. إلا ان هذه القواعد بحاجة الى بلورة، بمعنى ايجاد الحلول للمشاكل اليومية للمجتمع، عن طريق الممارسة اليومية للسلطة. هذا يعني ان الحكام بحاجة الى اجهزة تطبق القوانين في مواجهة مسيرة الحياة بكل ابعادها، لذلك فإن "الحكومة" يكون تحت تصرفها، من اجل تطبيق القوانين "وكلاء اداريين"، يمارسون "وظيفة عامة".

وجهاز الوكلاء هذا او مجموع الوكلاء الاداريون، هو ما يطلق عليه عادة اسم "الادارة". والجهاز الاداري هو جهاز هرمي متدرج بحيث ان الوكيل الاداري ينفذ الاوامر التي توجه اليه من رؤسائه، لادارة مرافق الدولة من خلال تطبيق القوانين. إلا ان تطبيق القوانين من قبل الوكلاء الاداريين لا يكون كيفياً وانما وفقاً للاوامر التي يستلمونها من رؤسائهم وعلى رأسهم الوزير المختص. وهذه الاوامر تترجم في الغالب بصيغة "منشورات circulaires" و "تعليمات instructions" وزارية.

لذا يمكن القول ان القانون لايمكن ان يطبق من الوكلاء الاداريين إلا وفقاً للمعنى او الاتجاه الذي تضمنته هذه المنشورات والتعليمات[٢].

لا شك ان الادارة ملزمة باحترام القانون، الا ان القانون، وحتى النظام، لا يستطيعان توقع كل شيء. لذلك فإن الادارة تتخذ قراراً بالنسبة لكل حالة وفقاً للتعليمات التي تضعها. وبهذه الطريقة وجد ما اصطلح على تسميته "النظام القانوني الثانوي" الذي لا يقل الزاماً عن "النظام القانوني الاصلي L'ordre Légal".

صحيح انه من الصعب، في الغالب، الالمام بهذا النظام القانوني الثانوي، لانه يتوجب لذلك معرفة التعليمات الادارية التي نشأ عنها، كما ان تطبيقه يتوقف على التصرف الشخصي للموظف الذي يتمتع بسلطة تقديرية. ومع هذا فإن الافراد "...يعتقدون تماماً بحقيقة هذا النظام الثانوي بحيث ان نشر القانون يجعلهم في حيرة، فهم يقولون لننتظر التعليمات الادارية لنعرف كيف يطبق الموظفون القانون"[٣].

---

(١) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٢٧٢،٢٧٣.
(٢) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٣٦٩.
(٣) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢٧٠.

إلا ان تطبيق القانون من قبل الادارة يتطلب تفسيره، وهذا التفسير يمكن ان يشوه معنى او محمل القانون. لكن المنشور الوزاري الذي يشرح ويفسر محمل ومعنى القانون يجد قوة مرجعية في ان الحكومة هي التي اقترحت مشروع القانون وساهمت في مناقشته وبالتالي فإنها، على الأقل، نظرياً، ادرى من غيرها في ادراك وتحديد محمل ومعنى القانون. ومع هذا "لا شيء... يمكن ان يضمن ان الوزير يعبر عن ارادة المشرع. ويحدث في الواقع انه باستناده على النص العام يقوم بتطبيقات له، لم تكن متوقعة. ورغم هذا لا يمكن القول بسهولة ان هناك تعسفاً، لان المنشور يدعي فقط تسهيل تطبيق القاعدة القانونية"[1].

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، فإن الوزير المعني يمكن ان يعطي رأيه حول تطبيق قانون، جواباً عن سؤال مكتوب طرح من احد اعضاء البرلمان، وجوابه ينشر وتأخذه الصحافة المتخصصة. فالوزير يشرح كيف يحل، في رأيه، السؤال المطروح، واذا صادف إن عرض الموضوع على القضاء فيمكن التمسك به باعتباره رأياً رسمياً لا سيما اذا كان الرأي قد أعطي من قبل وزير العدل[2].

٢§. القضاء وتطبيق القانون

١٧٢ ـ دور القضاء في تفسير القانون

القضاء يطبق القانون. فالقاضي، سواء أطلب منه ممثل السلطة العامة او الشخص صاحب العلاقة، مكلف بتطبيق القانون عل من خرقه او تجاهله وذلك بالغاء التصرفات غير الاصولية، والحكم بالتعويض عن الضرر الذي أُحدث ومعاقبة الفعل المحرم[3].

فالقضاء يحسم نزاعاً بما يتخذه من قرارات يجدها، بصورة عامة، في القانون الوضعي، فالقاضي يجب عليه ان يجد القاعدة القانونية التي بمقتضاها يحسم القضية المعروضة عليه. فأمام القاضي، اذن، وقائع ونصوص من دراستها وتفسيرها يتوجب عليه حسم النزاع، بمعنى تحقيق العدالة عن طريق تطبيق القانون. فهو "يقول القانون" الذي يدركه لتحقيق سيادة السلم والامن بين البشر وفي مجتمع البشر.

إلا ان القاعدة القانونية بعموميتها وتجريدها وصياغتها ليست دائماً بذلك الوضوح الذي يمّكن القاضي من تطبيقها على الوقائع المعروضة عليه لحسم النزاع وتحقيق "العدالة". والقاضي لا يستطيع ان يرفض النظر فيما هو معروض عليه بحجة غموض النص او عدم كفاية القانون، وإلا اعتبر منكراً للعدالة: فهناك دائماً قانون قابل للتطبيق.

وهذا يتطلب في الغالب تحديد معنى ومحمل النص الواجب التطبيق على الوقائع والتصرفات المعروضة على القاضي. فلابد اذن من رؤيا للقانون الواجب التطبيق اي لابد من "تفسير القانون" كما يفهمه القاضي[4].

إلا ان "التطبيق التفسيري" للقانون، هل يعني تطبيق القاعدة القانونية كما أرادها المشرع في

---

(١) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٣٧١.

(٢) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٣٧٢.

(٣) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٣٧٨.

(٤) ونظراً لاهمية الموضوع وخشية من دور القضاء في ان يصدر قرارات ذات محمل تشريعي (Arrêts de réglement) كما كان الحال في العهد الملكي في فرنسا، فقد أعتقد في مطلع القرن الثامن عشر ان تفسير القانون هو من اختصاص المشرع. الا ان تجربة ذلك لم تدم طويلا وعاد تفسير القانون الى القضاء.

صوصه ام القاعدة كما ارادها القضاء في احكامه؟ وطرح هذا السؤال يفرضه البعد الذي اخذته سألة تفسير القانون لا سيما بعد صدور كتاب العميد جني "طريقة التفسير" عام ١٨٩٩، فقد ودي بعدم كفاية القانون الوضعي باعتباره مصدراً للقانون، وعليه فقد جرى البحث عن ايجاد مصادر اخرى للقانون في احكام القضاء او في العرف وحتى في الاثنين معاً. فلم يعد القضاء، في هذا التصور، مفسراً ومطبقاً للقانون، بل مصدراً مستقلاً له. ولهذا فإن الفقه قد شجع واعجب بالتجديدات التي جاء بها القضاء ودفعه إلى المزيد من ذلك "لتحرير القانون من نير القانون المكتوب"(١).

إلا ان اعطاء قيمة متساوية للقاعدة التي يضعها المشرع والقاعدة التي يضعها القضاء، اي المساواة بين القاعدة التشريعية والقاعدة القضائية يفرض تبرير هذه "المساواة".

فقيل ان ذلك يمكن ان يفسر بمقتضى تفويض من "السلطة التشريعية" الى "السلطة القضائية"، إلا ان السلطة لا تفوض وبالأخص بصورة ضمنية، ومنع القرارات القضائية ذات المحمل التشريعي بموجب المادة الخامسة من مدونة نابليون يكفي لاثبات انه لم يكن مطلقاً في نية المشرع اعطاء المحاكم السلطة لإقامة القانون.

فقيل بالقبول الضمني من قبل المشرع للقاعدة التي اقامها القاضي حين سمح له بتطبيقها. إلا ان القاعدة القانونية لا يمكن ان تنجم عن ارادة ضمنية للسلطة وانه من غير الحكمة اسناد ذلك بالأخص اذا كان اثر القرار القضائي هو تغيير معنى او اتجاه القاعدة القانونية.

واخيراً قيل ان سلطة احكام القضاء تكمن في موافقة المعنيين على قرار القاضي وضرورة خضوعهم له. إلا ان موافقة الافراد لا تؤثر في صحة القانون(٢).

في الحقيقة ان الأمور قد حُملت باكثر مما تتحمل، كما انها خرجت عن النطاق المراد من تفسير القاضي للقانون الذي يجب ان يطبق. فلسنا، في الواقع، بصدد خلق قاعدة قانونية ذات قيمة ومحمل تعادل القاعدة التشريعية، وانما نحن بصدد تطبيق قاعدة قانونية موجودة عن طريق تفسيرها من قبل القضاء. فالمشكلة الاساس والمسألة الواجب الوقوف عندها هي مسألة التطبيق التفسيري ان صح التعبير، للقانون من قبل القضاء. وهذا هو لب المشكلة التي انحرفت كثيراً وخرجت عن اطارها لاسباب او مقاصد تتعلق بمفهوم القانون ذاته. فقد اعتقد البعض ان القانون الوضعي ليس كل القانون، وانه يوجد فوق او خارج القانون الوضعي، قانون يمكن ان يستخلص القاضي منه قواعده. ولما كانت هذه القواعد لا يمكن ان نعرفها الا بوساطة قرار القاضي المكلف بتطبيقها، لذلك تصبح احكام القضاء مصدراً للقانون. وعليه فإن قرارات القضاء من شأنها ان

---

(١) انظر: ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٣٨٢،٣٨١.

(٢) لاحظ العميد ريبير ان القاضي ليس له سلطة اقامة القاعدة القانونية، لأنه لا يملك مكنة تنظيم سلوك الافراد بالنسبة للمستقبل. كما انه من غير الممكن ان نستخلص من قرارات المحاكم قاعدة لها ذات الصفات التي تنسب، عادة الى القانون: العمومية والديمومة، كما انها لا تتضمن جزاءً إلا بالنسبة للمدعى عليه المدان. فالقرار القضائي يصدر بمناسبة حالة خاصة ولا يمكن ان يناسب الحالات التي تعرض مستقبلاً، وهو يصدر عن اشخاص لم يستمعوا لكل المعنين وان الاعتبارات التي قادته قد لا تكون ذاتها التي توجه المشرع. و"اذا كان للقاضي الحق في اقامة القانون فسيكون له الحق في الغاء قانون نافذ. ولم يجرأ احد مطلقاً على ان يسند ذلك". القوى الخلاقة للقانون، ص٣٨٢،٣٨٣).

توضح للمعنيين هذه القواعد القانونية التي كانت حتى ذلك الوقت مجهولة، وكذلك تعديلاتها التي تطرأ باستمرار.

إلا ان "مثل هذا المفهوم لا يتفق مع الوضعية القانونية، يقول العميد ريبير. فلا وجود لأي قانون وضعي غير ذلك الذي اقامته السلطة بصيغة قانون او قرار له قيمة القانون. ان سلطة التفسير التي تعود الى القاضي تتضمن بكل بساطة الاستخلاص الواضح لمعنى النص وبالتالي تحديد القاعدة. (و) اعطاء قاعدة جديدة يفترض سلطة خلق لا يملكها القاضي"(١).

فالقضاء بتطبيقه القاعدة القانونية انطلاقاً من ظروف القضية المعروضة عليه، ومن الظروف العامة الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية في بعض الاحيان، يحدد بعد القاعدة وبالتالي يحدد معنى ومحمل النص القانوني الذي يطبقه. وبهذه الطريقة يوجد "تطبيق تفسيري" للقانون وليس خلق قاعدة قانونية قضائية موازية من حيث القيمة، للقاعدة القانونية التشريعية. فلا يدور مطلقاً في خلد القاضي انه يخلق قاعدة قانونية، بل هو يطبقها بالشكل الذي يفرضه عليه ادراكه لها في ظل ظروف موضوعية وذاتية معينة. فالقضاة، يقول العميد ريبير، "...لايدعون قول قانون جديد، حيث انهم بحذرهم وحكمتهم، المحافظون على القانون الموجود"(٢).

إلا انه من ناحية اخرى لا يمكن ان ننكر انه من تكرار تطبيق النصوص القانونية، بالمعنى الذي يرتئيه القضاة، تستخلص اتجاهات ومعانٍ وابعاد لعدد من النصوص القانونية التي هي ليست جديدة إلا في معناها او اتجاه تطبيقها ومن الضروري بالتالي معرفتها، ومن هنا تكتسب احكام القضاء اهميتها.

فالقاضي ليس بخالق لقاعدة قانونية بل هو مفسر لها. وفي هذا التفسير فإنه مدعو الى الرجوع للمشرع ومعرفة مقصده، فهو الصانع الوحيد للقاعدة القانونية. هذا يعني اننا بصدد تفسير القانون لتطبيقه او بعبارة ادق بصدد طريقة تفسير وليس بصدد خلق قاعدة قانونية من قبل القضاء. فالمحاكم يجب ان تفسر النص الغامض او غير الواضح، لانها ملزمة بالاستناد على النص في حكمها وبالتالي في تطبيقه. فالقضاء يملك سلطة تفسيرية، وقد أُدركت هذه السلطة، تقليدياً، بأنها تتضمن البحث عن القصد المحتمل للمشرع وهو: بما ان القانون يستمد قوته من ارادة المشرع، فهذه الارادة هي الواجبة الكشف في النص الذي يعبر عنها. ومن هنا جاءت اهمية البحث او اللجوء الى الاعمال التحضيرية املاً في اكتشاف الفكرة التي الهمت النص. فنحن اذن بصدد طريقة تفسير حقيقية. و"حتى اذا كان التفسير جريئاً او محل شك، فإن مبدأ قوة القانون قد احترم بفضل بدعة ان القانون نفسه قد طبق بالمعنى الذي اراده المشرع"(٣).

إلا ان الفقه الحديث (جني ومن بعده) لا يفهم التفسير على هذا النحو او بهذه الطريقة. فالتفسير، بالنسبة له، لا يتضمن البحث عن، ماذا كان يريد المشرع، او ماذا عليه ان يريد لو انصب تفكيره على مسألة تطرح اليوم، ولا حتى ما اذا كان يمكن ان يريد بشكل معقول. ان ما

---

(١) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢٨٥.
(٢) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢٨٢.
(٣) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢٨٤.

يريده "الفقه الحديث" هو مغادرة ساحة تفسير النص للبحث بواسطة طريقة اخرى عن مصادر اخرى للقانون. و"عندها فقد تغير معنى الكلمات. فلم يعد هناك تفسير بل خلق (للقانون)"(١).

١٧٣ - دور القضاء في تطبيق القانون

والقانون الوضعي هو المصدر الوحيد للقانون، إلا انه لا يحكم نشاط الافراد الا بوساطة "السلطات" المكلفة بتطبيقه. وكما ان "الادارة" تقوم بتطبيق القانون حين يكون اسهامها ضرورياً او تدخلها ممكناً، فإن المحاكم لها السلطة الضرورية لتطبيق القانون في النزاعات المعروضة عليها. والمحاكم التي شكلت لتحقيق العدالة لها "سلطة" خاصة بها، والكل يتحدث عن "السلطة القضائية" وضرورة ضمان استقلالها". ان طبيعة الخدمة التي يؤديها القضاء (وهي اقامة العدالة عن طريق تطبيق القوانين وضمان احترام مضامينها نصاً وروحاً) تفرض ان يتمتع القائمون بها بالحماية ضد تأثيرات الغير، فاستقلال القضاء تمليه ضرورة احترام ارادة المشرع المعبر عنها فيما يضعه من قوانين يقوم القضاة بتطبيقها... فالقضاء مستقل في تطبيق القانون ولا سلطان عليه لغير القانون"(٢).

و"...مهما كانت المحاكم التي اقامتها الدولة لتحقيق العدالة باسم الدولة مستقلة عن كل سلطة، فإن فيها مودعاً بكل تأكيد جزءً من السلطة العامة"(٣). فالقاضي مكلف بأن يطبق القانون، وتطبيق القانون يعني اتخاذ القرار بأن افعالاً معينة ووقائع معينة تخضع لقاعدة قانونية معينة. ان "القاضي يقر بأن في القانون الشكلي توجد قاعدة. فهي قاعدة، عامة لا تكفي بحد ذاتها في التوجيه العملي للافراد. فلابد من سلطة تعطي قاعدة التطبيق العملي"(٤).

ولذلك يمكن القول ان المحاكم لا تستطيع شيئاً دون الاسناد القوي من القانون، كما ان القانون لا شيء اذا لم توجد سلطة تطبقه.

والقانون يعطي احياناً للمحاكم سلطة اعطاء تعويضات، او الامر باتخاذ اجراءات، او اجازة تصرفات او تصديق مداولات او تقرير ايقاف تنفيذ. والقضاة يمارسون كل ذلك من اجل تطبيق القانون الذي هو دورهم الاساس في حسم النزاع الذي يثار حول السلوك الذي يجب ان يتبعه الفرد ليتوافق مع النظام القانوني(٥).

ولا احد يناقش قوة وقيمة احكام القضاء. ولا احد يشرع قواعد القانون دون ان يأخذ بنظر الاعتبار احكام القضاء. والقاعدة التي تستخلص من قررات القضاء لها ذات الالزام الذي تتمتع به القاعدة القانونية.

وسلطة تطبيق القانون تتضمن ادخال الاوضاع الخاصة والتصرفات التي اجريت والوقائع التي تمت، تحت مظلة القاعدة القانونية. "ان القانون لم يعدل بتفسير جريء بل غذي بتطبيق

ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٣٨٤.

قانون اصلاح النظام القانوني (رقم ٣٥لسنة ١٩٧٧)، بغداد، وزارة العدل، ط٢، ١٩٨٧،ص٤٥ - ٤٦.

دابا: النظرية العامة للقانون، ط٢، ١٩٥٣، ص٣٠، وقارن، ط٣، ١٩٦٩، ص٣٧.

ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٣٨٦.

انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٣٨٨.

واسع. فالمحاكم تستلم نص القانون الذي ولد وهي التي تجعله يعيش"[1]. ويلاحظ، بحق، استاذي الراحل الخالد ابرو: ان "القاعدة القانونية ليست الا الوسيلة لتوجيه الحياة القانونية، (التي) تنتج من نشاط الافراد ونشاط السلطات المختلفة المكلفة بتطبيق القانون"[2]. فدور القاضي هو كدور "الادارة"، فكما ان الادارة تطبق القانون في ادارتها، فإن القضاء يطبق القانون في قضائه، وكما ان هناك "سلطة قضائية" فإن هناك "سلطة ادارية"[3].

٣§- الأفراد وتطبيق القانون

القاعدة القانونية الصحيحة جزء من النظام القانوني وبالتالي ملزمة للافراد، فمصير القاعدة القانونية او تطبيقها لا يمكن ان يتوقف على موافقة او قبول الافراد لها. ان "خضوع الافراد للقانون"[4]، امر مسلم به وعلى الافراد ان يحددوا سلوكهم بما يتوافق مع نصوص القانون. إلا ان القانون ذاته يعطي الخيار للافراد في عدم تطبيق القانون في حالات معينة، كما ان الافراد حين يطبقون القانون فقد يكون تطبيقهم له شكلياً وقد يتجاهل الافراد القانون او يقاومونه.

١٧٤ ـ التطبيق الاختياري للقانون

اذا كان تطبيق القانون الزامياً فإن المشرع يمكن ان يجيز للافراد، بالنسبة للعديد من القواعد القانونية التي تنظم خاصة العقود المدنية والتجارية، ان يطبقوا هذه القواعد او ان يستبعدوها باتفاقهم على خلاف ما جاء فيها، فهي قواعد قانونية ملزمة الا ان تطبيقها يصبح اختيارياً بالنسبة للافراد، فالافراد لهم الخيار اذن في تطبيق مثل هذه القواعد او عدم تطبيقها، بما يلجأون اليه من قواعد تحكم الاتفاقات التي يبرمونها فيما بينهم. هذا يعني ان تطبيق هذه القواعد معلق، بشكل او بآخر، على ارادة الافراد، وقد اجاز المشرع نفسه لهم ذلك: فتصرفهم مشروع وعدم تطبيق بعض القواعد القانونية مشروع ايضاً. ومثل هذه القواعد هي ما اصطلح على تسميتها بالقواعد القانونية "البديلة" التي وقفنا عندها فيما سبق، خاصة فيما يتعلق بالأمر الذي تتضمنه[5].

وهذا الخيار الذي يعطيه المشرع للمتعاقدين أملاه التنوع الكبير لحالات التعاقد، لذلك نجد ان اغلب القواعد القانونية البديلة تتعلق بتنظيم وتحديد الالتزامات الناجمة عن العقود بين الافراد، فالقانون يحدد عدداً من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع مثلاً، الا ان هناك العديد من الاشياء التي تباع، والعديد من التصورات بشأنها، الامر الذي لا يمكن ان يحصيها او يحددها المشرع، لذلك فهو يترك لمتعاقدين صلاحية تنظيم شروط او كيفية تنفيذ عقودهم.

---

(١) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢٨٧.

(٢) Hébraud: L'acts Juridictionnel et la classification du contentienx. Rec. Academie de Législation de toulouse. 1949, p.33.

(٣) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢٨٧.

(٤) انظر: سمير خيري توفيق، مبدأ سيادة القانون، بغداد، منشورات وزارة الثقافة والفنون، ١٩٧٨، ص١٤٩ وما بعدها.

(٥) انظر: اعلاه، بند٩٧.

والخروج عن القاعدة القانونية البديلة يمكن ان يكون امراً طبيعياً اذا كانت وراءه اعتبارات خاصة تتعلق باطراف العقد او بموضوعه. الا ان الأمر يختلف اذا كان الافراد يستبعدون في كل الحالات القاعدة القانونية وخاصة حين يحلون محلها ليس شروطاً اخرى تتعلق بموضوع العقد او بحالة خاصة، بل شروط "عقد نموذجي"[(١)].

ففي كل مهنة تقريباً حددت نماذج لعقود تحكم العلاقات بين اصحاب هذه المهن وزبائنهم. وهذه "العقود المهنية" أحلت محل النظام القانوني، نظاماً آخر، اطلق عليه الاستاذ روبية: "النظام التلقائي Lordre spontané"[(٢)].

وخطر هذا النظام التلقائي يتأتى من انه يُفرض من قبل القوى الاقتصادية بمقتضى قواعد تناسبهم كثيراً. و "اي برلمان لم يكن، ربما، بامكانه، تحت ضغط هذه القوى الاقتصادية، ان يصوت على قانون يمكن ان يفرض مثل هذه القواعد. الا ان العقود التي اطلق عليها عقود الاذعان، قد فرضتها. (و) النظام القانوني قد استبعد بارادة قوة اجتماعية نجحت في تقويضه، غالباً لاسباب ذات نفع جماعي لكن في بعض الاحيان، من اجل مصلحة انانية"[(٣)].

وهيمنة القوى الاقتصادية هذه تجد اساسها ومنطلقها في مبدأ "سلطان الارادة" ربيب الفلسفة الفردية. ومن ابرز معطيات هذا المبدأ هو ان العقد المبرم بالرضاء "الحر" جزء من النظام القانوني وبالتالي فإن له قوة القانون ويجب تنفيذه كما ينفذ القانون. فالفرد ادرى بمصالحه وهو خير من يدافع عنها ولذلك فإن حرية التعاقد تسندها الدراية بمصالح المتعاقد. فهذه الاطروحة تفترض "حرية" المتعاقد، إلا انها حرية قد تنعدم في كثير من الاحيان امام الضغوط او الاوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي يوجد فيها الفرد "المتعاقد".

فليس صحيحاً اذن القول بأن المتعاقدين حين يستبعدون القاعدة القانونية يضعون انفسهم تحت سلطة "قاعدة قانونية" اخرى هي: قاعدة حرية التعاقد والقوة الملزمة لكل عقد[(٤)]. فالاثار المترتبة على ارادة الاطراف المتعاقدة هي من خلق القانون. فالقانون، قديماً وحديثاً، هو المصدر الحقيقي للالتزامات التعاقدية وان اتفاق ارادة المتعاقدين شرط فقط لتطبيق القانون على العلاقة بين الافراد[(٥)]. فالارادة ليست لها قيمة ملزمة بذاتها بل هي تستند الى القانون الذي يعطيها هذه القيمة الملزمة.

وعليه فإن الاتفاق بين الاطراف المتعاقدة يكون ضمن الاطار الذي ترسمه القاعدة القانونية البديلة وضمن الاطار الذي يرسمه القانون (المدني مثلاً)، وكل مخالفة او خروج عن ذلك هو خرق للقانون او للقاعدة القانونية، وليس خروجاً بارادة الافراد من مظلة قاعدة والاحتماء بمظلة قاعدة اخرى. فارادة الطرفين لكي تنتج اثراً قانونياً تبقى محكومة بالقانون الوضعي (القانون

---

(١) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢٩٧-٢٩٨.

(٢) Roubier: ordre Juridique et sources du droit, 1950, (Études Ripert)p.19.

(٣) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٢٩٩.

(٤) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٢٩٧.

(٥) حول مبدأ سلطان الارادة، وقيمته، انظر: اعلاه، بند ١٠٠.

المدني) فهو الذي يرتب، في الحقيقة، هذا الاثر، كما ان الاتفاق يبقى محكوما بمجمل القواعد القانونية التي تحكم العقود[1].

١٧٥ ـ التطبيق الشكلي للقانون

ان على الفرد ان يطبق القانون، والفرد لا ينكر او ينفي احترامه لاحكام القاعدة القانونية، إلا انه يمكن ان لا يتبعها في الحقيقة والواقع، بمعنى انه يتمسك بالنظام القانوني الشكلي دون ان يعطي الحياة الحقيقية للنص الذي يفرض القاعدة القانونية. وهذا هو التطبيق الشكلي للقانون وفي آخر المطاف عدم تطبيقه. ومن امثلة التطبيق الشكلي للقانون، الشهادة على فعل معين لا يعرف الشهود اطرافه، كتسجيل الولادات والوفيات. والتصديق على التواقيع هو اجراء شكلي حين لا يعرف من يصدق على هذه التواقيع اشخاص او كتابة الموقعين. وهناك احترام شكلي للقاعدة القانونية حين يتطلب القانون تصريحاً معيناً دون ان يصحب ذلك تحقق: كالتصريح بصدد حقيقة الثمن في عقد البيع[2].

وقد يستخدم الافراد بحذاقة الاجراءات الشكلية التي يفرضها القانون لاعطاء مظهر الاصولية لتصرفاتهم. وحياة الشركات التجارية ليست، في الغالب، إلا حياة مشروعية شكلية حيث يكون مديرو هذه الشركات هم أصحاب الكلمة او القرار الاخير فيها. ان "اضمحلال الشكلية في القانون كان سببه واثره الرغبة في الصدق. (و) بعث الشكلية انعش مظهرية تخالف الحقيقة"، يقول العميد ريبير[3].

و"الصورية Simulation" هي نصر آخر للمظهرية على الحقيقة. فالصورية هي استخدام اجراء قانوني من شأنه ان يؤدي الى عدم احترام القاعدة القانونية. و"الصورية ليست في ذاتها سبباً للبطلان، فما ينقذ التصرف القانوني هو المظهرية الاصولية. فالقاعدة تظهر وكأنها احترمت، ولا يهم اذا كانت قد خرقت طالما ان هناك اسباباً معقولة لاعفاء هذا الخرق"[4].

وتتعدد الامثلة على هذا التطبيق الشكلي للقانون من خلال الصورية. ولعل من اهمها الاعتراف بصحة الهبة التي تأخذ شكل تصرف بمقابل: بيع او اعتراف بدين. فهنا تطبيق شكلي لقاعدة اريد بها او من خلالها الوصول الى تحقيق تصرف قانوني آخر لا يريده الافراد كما هو، لما يتضمنه من تبعات وتكاليف.

كما انه يمكن اللجوء الى تصرف معين ظاهره اصولي للوصول الى نتيجة لا يقرها القانون:

فقد اجاز القضاء الفرنسي، منذ زمن، تبني الاطفال "الطبيعيين" وفي ذلك طريقة غير مباشرة لاضفاء الشرعية عليهم[5]. فالتطبيق الشكلي للقانون من قبل الافراد مع النية باستبعاده

---

١) حول محمل القاعدة القانونية البديلة، انظر: اعلاه، بند١٠٢.
٢) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٢.
٣) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٣.
٤) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٣.
٥) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٤.

في الحقيقة، هو تطبيق ... الغش وبالتالي سنكون امام "الغش على القانون La fraude À la loi" . وعلى اي حال فإن الغش على القانون وان تضمن "استبعاد" تطبيق القاعدة القانونية كما ارادها المشرع نصاً وروحاً، ليس فيه تصد مباشر من قبل الافراد لهذه القاعدة، فموقفهم منها هو، بمعنى من المعاني، موقف سلبي، إلا ان الافراد يمكن ان يتصدوا للقانون مباشرة عن طريق تجاهلهم للقانون وحتى عن طريق مقاومتهم له.

١٧٦ - تجاهل الأفراد للقانون

وتجاهل الافراد للقانون يتحقق بايقاف تطبيق القانون دون المساس بوجوده، وذلك حين يضع الافراد انفسهم خارج محمل القانون، وهذا هو "الهروب امـام القانـون La fuite devant la loi" وهو هروب لا يمكن ان يوسم باللامشروعية ولا يكوّن غشاً على القانون. فالقانون يبقى ولا يمُس، فهو جزء من النظام القانوني الشكلي لكنه بدون حياة. فالمواطن يهرب من القانون وبالتالي يصبح حكمه دون محمل وبعيداً عن التأثير في تصرفات الافراد، فهم خارج تطبيقه، وبهذا المعنى يمكن القول ان هناك "تجاهلاً" من قبل الافراد للقانون. ومن الامثلة الواضحة على هذا التجاهل، الهروب امام الضريبة. ويتحقق هذا الهروب بامتناع المكلف بالضريبة من القيام بتصرفات من شأنها ان تكون مادة لاستحصال الضريبة، او ان ينظم ثروته بحيث لا يخضع إلا للحد الادنى لفرض الضريبة. فالمكلف بالضريبة لايرتكب اي غش مالي، بيد انه حاذق في دفاعه ضد القانون، حين يبحث عن الاوضاع التي تكون اكثر فائدة له[1]. "والمشرع يجب ان يوجه كل انتباهه الى الآثار البعيدة لقانون يظهر انه يمكن ان يطبق بدون صعوبة. فهو السيد حين يضع النص، لكنه لا يستطيع شيئاً لمنع هروب الافراد امام القانون الذي وضعه"[2].

وتجاهل الافراد للقانون يتحقق ايضاً حين تُخلق اوضاع خارج القانون، وهي اوضاع فعلية لها مظاهر الاوضاع الاصولية وان استمراريتها قد تؤدي الى الاعتراف بها والابقاء عليها. وقد قيل ان هذه الاوضاع الفعلية التي تكتسب بعض النجاعة القانونية على حساب الاوضاع التي ينظمها النظام القانوني تمثل "انتصاراً" للواقعية على المثالية القانونية. ونسوق عدداً من الامثلة لهذه الاوضاع. لبعض الاشخاص "موطن" فعلي اكثر واقعية وحقيقة من الموطن القانوني الذي اختير لاعتبارات تتعلق بالعلاقات القانونية فقط، لذلك لا يمكن اهمال هذا الموطن الفعلي فيما يتعلق باختصاص المحاكم او بالنسبة لانجاز بعض الاجراءات الادارية، ومثله ايضاً المعاشرة غير الشرعية بين رجل وامرأة اي "الزواج الحر" كما يقال، فمثل هذا الوضع لا يرتب آثاراً من الناحية القانونية. إلا ان هذه العائلة المزيفة تثير العديد من المسائل القانونية التي لايمكن ان يتجاهلها القانون. فهي تنشئ شركة فعلية، الامر الذي يتطلب تصفيتها في حالة الانفصال بين الرجل والمرأة او في حالة موت احدهما. و"الحق" في وضع حدٍ لهذه الوحدة اللامشروعة مقبول، لكن السؤال الذي يطرح: ما الحكم اذا كان قطع العلاقة قد يسبب ضرراً للخليلة. وعندها الا تستحق التعويض، وكذلك الحال

---

(١) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٧.

(٢) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٨.

عند وقوع حادث ادى الى موت من يباشرها؟ كل هذه المسائل طرحت امام المحاكم الفرنسية.

ومثله ايضاً "البنوة الفعلية" التي تثبت باعتراف الابوين الذي يدعمه الرأي العام، وتعترف بها بعض القوانين في فرنسا، فللأب ان يتمسك بها للمطالبة بنفقة، ولمن له مصلحة في ابطال الهبات التي حصل عليها "الابن" ان يتمسك بها ايضاً. ومثاله، في نطاق القانون التجاري، "الافلاس الفعلي" الذي يتحقق حين يتوقف التاجر عن الدفع ولم يطلب احد اشهار افلاسه، والمحاكم الفرنسية تأخذ بهذا النوع من الافلاس من اجل الملاحقة الجزائية وحماية الدائنين من التصرفات الاحتيالية للتاجر.

وكذلك الحال بالنسبة للشركة التجارية الفعلية التي تكونت خارج الشروط التي يتطلبها القانون، والتي يمكن ان يُعترف بها، على الأقل، لتصفية نشاطاتها السابقة[1].

ومهما قيل عن هذه الاوضاع الفعلية بانها تمثل انتصاراً للواقعية على مثالية المفاهيم وانها "...تطهير للقانون حيث يقترب من الواقع"، كما يقول الاستاذ سافاتييه[2]، فإنها في الحقيقة، مقاومة من قبل الافراد للقانون والتي يمكن ان تأخذ ابعاداً اخرى.

١٧٧ ـ مقاومة الأفراد للقانون

ولا شك ان مقاومة الافراد للقانون، مهما كان نوعها، تشكل خطراً اكيداً على عمل المشرع القابض على السلطة. وقد فطن المشرع لهذا الخطر فكان جوابه متعدد الجوانب لدرء هذا الخطر وحماية النظام القانوني.

فما كان عليه الا ان يقوي القانون ويرفع من قيمته وان لا يمسه احد، فأعلن انه من النظام العام او بطلان كل الاتفاقات المخالفة لاحكامه او اعطاء الامر الضمني بعدم مخالفة الاحكام القانونية[3].

إلا ان هذا القانون الآمر بهذا الشكل حين يطرح في وسط معاد فإنه سيلاقي مقاومة تجعل من الصعب قبوله. والسلطة السياسية نفسها حين اكدت قوته الآمرة وبالتالي ضرورة تطبيقه كانت تتوقع، من دون شك، هذه المقاومة خاصة من اولئك الذين وجه ضدهم او ضد مصالحهم.

صحيح ان قوانين النظام العام تهدف الى منع العقود المخالفة لها، لكن من ذا الذي سيقوم باحترامها، اذا كان اطراف العقد متفقين على عدم الأخذ بالقاعدة القانونية؟ وما حيلة السلطة ضد الصفقات المجهولة؟

لا شك ان الاتفاقات المخالفة للقانون هي اتفاقات باطلة بطلاناً مطلقاً. لكن من سيطلب هذا البطلان، فالادعاء العام ليس طرفاً اساساً في القضايا المدنية، كما ان الطرف الذي ابرم العقد يشعر بحرج لان يطلب البطلان، واحترام الكلمة المعطاة والخشية من الاستهجان العام في

---

[1] ...لر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٥، ٤٠٦.

[2] ...ره: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٦.

[3] ... الأصل كان المشرع يتردد في ان يضحي بمبدأ حرية الاتفاقات، ولذلك فقد اكتفى باعطاء الصفة الآمرة لبعض النصوص المهمة في نظره. لكن ...رأى المشرع ان حرية الاتفاقات تؤدي في النهاية الى نوع من نظام مفروض، ولكي يضمن تطبيق القانون من دون مخالفة ممكنة، فقد اعلن ...احة ان القانون باكمله من النظام العام عدا اجازته بعض الاستثناءات التي حددت بالنص (ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٠).

الوسط المهني تمنع اقامة الدعوى[1]. وعندها يلجأ المشرع في مسعاه لتحقيق المصلحة العامة، الى الجانب الجزائي ليجعل من تنفيذ العقود المحرمة جنحة. لكن يتوجب اكتشاف ذلك وان شكوى احد الاطراف هي التي تمكن الادعاء العام من التدخل، بيد ان، لا احد، في كثير من الحالات، يقدم على الشكوى لان طرفي العقد قد اتفقا على عدم تطبيق القانون.

وعليه فإن "المصلحة الاقتصادية التي اراد المشرع استبعادها رغبة منه في احترام الاخلاق او المصلحة العامة، قد ثأرت لنفسها حين استبعدت بدورها حكم القانون"[2].

وعلى كل حال يجب ان نقف في هذا المجال عند ظاهرة "روح التمرد" ضد القانون عند الافراد. وروح التمرد هذه توجد وتتطور حين يصبح النظام القانوني اكثر قهراً ومن ثم أقل احتراماً. وتقوى هذه الروح بالتقليد لعادات او مُثل سيئة وبضعف السلطات العامة. ولاشك ان النظرة الى شرعية السلطة يمكن ان يكون، ويكون بالفعل، عاملاً مهماً ان لم يكن حاسماً في نشأة مقاومة الافراد للقانون الذي تضعه السلطة، ومبرراً لهذه المقاومة.

و"كلما كانت كثرة القوانين كبيرة... كلما تطورت روح التمرد التي تأخذ الصورة الساذجة للجهل او المتغطرسة للازدراء. فالسلطة السياسية لم تعد توحي بالاحترام ولا افعالها بالاعجاب. (و) بعض القواعد بكل بساطة غير نافعة او غير قابلة للتطبيق بحيث تثير الاستهزاء"[3].

لاشك في ذلك. إلا ان من عدم الدقة القول بأن وجود نظام قانوني حقيقي، يختلف عن النظام القانوني الشكلي، ليس بالأمر الجيد طالما ان تنظيم الدولة يجعل "السلطة التشريعية" المصدر الوحيد للقانون[4].

فلا عيب في ان تكون السلطة السياسية هي المصدر الوحيد للقانون، ولا عيب في ان يكون القانون الأمر الذي تعطيه السلطة لاتباع قاعدة سلوك معينة، لأن هذه القاعدة تفرضها ضرورة حياة المجتمع وبالتالي يجب ان تطبق، فالعيب كل العيب في السلطة التي تضع القاعدة القانونية وفي الفرد الذي يتلقى هذه القاعدة ليطبقها ويسير وفق ما أملت به من سلوك. فالقانون لا يطاع او ان طاعته تكون محل شك، اذا كانت شرعية السلطة التي تضعه محل شك ايضاً.

فلكي يطبق ويحترم القانون يجب ان يكون مصدره معروفاً وموافقاً عليه، اي ان تكون السلطة التي تضعه شرعية، فالسياسة والقانون لا يمكن ان يفترقا. فما يعطي الحياة والديمومة للقانون هو شرعية السلطة التي تضعه وحسن اختيار ووضوح سياستها التشريعية. اما السبب الآخر لازدواجية النظام القانوني الشكلي والنظام القانوني الحقيقي، فإنه يكمن في الفرد الذي يتلقى القانون.

وللقانون قدسيته ويمكن القول "شرعيته" وتطبيقه يتضمن الايمان بهذا القانون، وهنا الايمان يفترض او يتطلب اخلاقية قانونية. فاذا كان القانون الذي تضعه السلطة هو لمصلحة المجتمع

---

(١) وقد لوحظ في فرنسا فيما مضى ان اصحاب التأمين البحري يبرمون عقوداً بقيم غير خاضعة قانوناً للتأمين عن طريق بوليصات اطلق عليها اسم "بوليصات شرف"!

(٢) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٠-٤٠١.

(٣) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٤٠٨-٤٠٩.

(٤) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٤١٠.

وبالتالي لمصلحة الافراد، فإنه من غير المقبول ان لا يطاع او أن يقاوم، واذا كان الامر كذلك فإن روح التمرد على القانون، في هذه الحالة ستكون روحاً مريضة لان دافعها الجشع والانانية والغلو في الفردية، بعيداً عن كل اعتبارات اجتماعية وانسانية وبالتالي اخلاقية. فبين الاخلاق والأثرة يقف القانون وترجح كفته حين ترجح كفة التمسك بالقانون، لأنه القانون، ولأنه قانون الكل: قانون السلطة التشريعية. تلك هي، باختصار، الاسباب التي تمنع ويمكن ان تكرس الفرقة بين النظام القانوني الحقيقي والنظام القانوني الشكلي. واذا حسُنت النيات من الجانبين، السلطة والفرد وتهيأت اجواء الرأي الحر المتجرد، فسيكون هناك نظام قانوني انساني شكلاً وواقعاً، يحرر الانسان من قصر نظره ومن جشعه ويحرر السلطة من طغيانها وقهرها، لنكون عندها في مجتمع دولة القانون الذي يسوده الانسجام والروح الانسانية، لا روح التمرد ومقاومة القانون. فالعبرة في آخر الأمر ليست في تكنيك صناعة القانون وانما العبرة في الانسان الذي يصنع القانون وفي الانسان الذي يطبق القانون. تلك هي مشكلة القانون، وتلك هي ايضاً مشكلة تطبيقه.

الفصل الثالث
تعريف القانون الوضعي

§١. عمومية القانون الوضعي

أولاً. فكرة العمومية

١٧٨ ـ معنى العمومية

ان "عمومية القانون الوضعي la Généralité de la loi"، تعني ان القانون (الوضعي) نص لا يزول بعد تطبيقه على حالة متوقعة ومحددة مسبقاً، بل يبقى بعد ذلك التطبيق ويطبق في المستقبل (طالما لم يلغ) على كل الحالات المماثلة للحالة التي توقعها النص. فالقانون يتمتع بصفة العمومية او هو عام حتى اذا لم يطبق، في الواقع، إلا مرة واحدة. وبالعكس فإن النص او القاعدة الفردية تقام من اجل حالة محددة، فاذا طبقت على هذه الحالة فإنها تزول لان موضوع القاعدة الخاص، المحدد الذي توقعته او حددته القاعدة، قد تحقق، بينما نص القاعدة العامة يستمر او يبقى بعد تطبيقه على حالة او اكثر. فعمومية القانون الوضعي تعني ان القانون قد اقيم ليس من اجل حالة خاصة بل من اجل ان يحكم كل الحالات ذات الطبيعة المتماثلة التي يمكن ان تحدث في المستقبل وبقدر ما تدخل هذه الحالات ضمن نصوص القانون. فعمومية القانون تعني ايضاً ان القانون لم يقم من اجل شخص او اكثر بل انه صيغ ليطبق ويحكم كل الافراد الذين يوجدون في الظروف التي حددها القانون. وليس من الضروري ان يطبق القانون لمرات عديدة، فمن الممكن ان لا تحصل الحالة التي توقعها او نظمها القانون إلا مرة واحدة، ولكن لكي يكون ندس القانون عاماً يجب ان ينطبق، في المستقبل، على كل الحالات المشابهة.

وليس من الضروري ايضاً، لكي يكون القانون عاماً، ان يستهدف كل المواطنين دون تمييز. فالقانون الوضعي تكون له صفة العمومية حتى اذا استهدف شريحة معينة من الاشخاص كالموظفين او العمال او فئة منهم. فالمهم بالنسبة للقانون ان يحكم بشكل لاشخصي، بهذا المعنى انه لا ينظم حالات اشخاص معينين وانما يحكم، كما يقول احد الفقهاء الالمان، "كل واحد من اولئك الذين يتعلق بهم". "فالقانون واحد للكل" كما يقول اعلان الحقوق الصادر عام١٧٨٩ في مادته السادسة[1].

---

(١) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٢٨٩.

١٧٩ ـ نتيجة العمومية: التجريد

ولكون القانون عاماً فإنه نتيجة لذلك "مجرد Abstrait"، اي انه صيغ دون ان يأخذ بنظر الاعتبار حالات او اشخاصاً معينين. فهو لكل الاشخاص ولكل الحالات ان صح التعبير. فمن عمومية القانون، إذن، نستخلص صفة اخرى وهي: ان القانون قاعدة مجردة. فالتجريد هو نتيجة للعمومية. والتجريد يعني ايجاد حالة مجردة مستخلصة من ظروفها الواقعية الملموسة. وفي ذلك قوة وضعف، في ذات الوقت، للقانون. فالقوة تكمن في التبسيط باقامة قاعدة مستخلصة من الواقع وتطبق بلا تمييز، اي بشكل موحد، على كل الحالات المتشابهة. فالقانون سيكون للكل وهذا خير ضمان ضد التحكم. اما الضعف فيكمن في ان القانون او القاعدة القانونية ستفقد المرونة بحيث قد لا تستوعب الواقع بكل تفاصيله، وعندها تثار صعوبة في تطبيق القانون. فأما ان يطبق بحرفية وحينئذ قد لا يستوعب القانون كل الحقيقة او نأخذ بنظر الاعتبار الظروف وعند ذاك سنبتعد حتماً عن النص.

وان المثلين التاليين اللذين يسوقهما العميد دكي يكفيان لتوضيح الفرق بين النص كقاعدة عامة مجردة والنص كقاعدة فردية فمثلاً. تقرر الدولة تكريم او اعطاء جائزة لمواطن معين قدم خدمات مهمة للوطن: فالنص هنا فردي محدد، لأنه استهدف حالة وشخصاً محددين ويزول حين يطبق، لان الغاية او الهدف المبتغى قد تحقق. بالعكس، اذا قررت الدولة بأن كل شخص يرتكب فعلاً معيناً سيعاقب بعقوبة محددة: فالنص عام ومجرد. فالدولة حين اقامت هذه القاعدة لم تكن تستهدف هذا الشخص او ذاك من الذين سيوجدون في لحظة او وقت محدد، في وضع او مركز ملموس ومحدد، لكنها استهدفت المصلحة العامة بذاتها وبشكل مجرد. فاذا طبق هذا النص، فإنه يبقى محتفظاً بفاعليته بحيث يطبق مستقبلاً على كل الحالات التي يحدث فيها الفعل الذي تتوافر فيه الشروط التي توقعها او نص عليها[١].

ثانياً ـ أسس العمومية

١٨٠ ـ الأســـاس العقلاني

يرى الفيلسوف الاغريقي ارسطو ان "القانون يحكم دائماً بصفة عامة ولا يستطيع ان يتوقع او يحكم الحالات العارضة".

ويجد الاساس العقلاني لعمومية القانون الوضعي في العميد دكي محاميه الاول، فهو خير من دافع عن هذه العمومية وطورها.

ان صفة العمومية، يقول العميد دكي، هي النتيجة المنطقية لفكرة القانون (الوضعي) المقبولة عالمياً. فالحكام يضعون القواعد القانونية لأن مهمتهم الاولى هي ضمان تحقيق القانون. وهذه القاعدة القانونية هي الضبط الاجتماعي الذي يجد اساسه في الاعتماد المتبادل (التضامن) بين

١) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص١٦٦-١٦٧.

الافراد في المجتمع. والقانون الوضعي هو التعبير عن هذه القاعدة. وعليه فإنه يجب ان يحمل نفس صفاتها ونفس محملها.

وهذه القاعدة اجتماعية لانها تنبع من المجتمع ذاته، وبما انها اجتماعية فهي عامة. وهي لا تستهدف حالة خاصة بحيث تفقد قيمتها اذا ما طبقت على هذه الحالة. انها عنصر من الحياة الاجتماعية وبالتالي يجب ان تملك ذات البعد الذي تملكه الحياة الاجتماعية ذاتها. وبتعبير آخر، يضيف العميد دكي، فإن القاعدة القانونية هي قاعدة تحكم سلوك الافراد في المجتمع وانها عامة لانها تطبق على كل الافراد وعلى كل ظروف الحياة الاجتماعية. والقانون الوضعي هو قاعدة قانونية تضعها الدولة، وصفتها لا تتغير لمجرد انها وضعت من قبل الدولة، فبالرغم من ذلك تبقى كما هي في الواقع اي قاعدة عامة[1].

١٨١ - الأساس الديموقراطي

تحتل فكرة القانون الوضعي موقعاً متميزاً في مذهب روسو[2]. فالقانون الوضعي، بالنسبة لروسو، هو التعبير عن الارادة العامة. والارادة العامة هي ليست مجموع الارادات الخاصة للافراد، وهي ليست ارادة كل الافراد او ارادة الاغلبية: انها شيء آخر لا يمكن ادراكه إلا من خلال رؤية اخلاقية لها اهميتها عند روسو، فهو يميز بين عالمين: عالم المصلحة الخاصة وعالم المصلحة العامة. وعالم المصلحة الخاصة (عالم الريبة) هو عالم الارادة الخاصة والتصرفات الخاصة. اما عالم المصلحة العامة، فهو عالم الارادة العامة التي تريد المصلحة العامة (وليس المصلحة الخاصة) والتصرفات العامة: القوانين، فالارادة العامة يعبر عنها بالقوانين الوضعية اي ان القوانين تعبير عن الارادة العامة، لان الارادة العامة تريد المصلحة العامة التي يعبر عنها بالقوانين ذات الطبيعة العامة. وهذه الارادة العامة التي منها ينحدر القانون الوضعي هي عامة في معنيين: اولاً، لانها الارادة المشتركة للشعب باجمعه، ولان موضوعها، ثانياً، عام اي موضوع له محمل عام وفائدة عامة. "عندما أقول ان موضوع القوانين هو دائماً عام، فانني اقصد بأن القانون يعتبر الاشخاص هيئة والتصرفات مجردة وليس الشخص كفرد ولا التصرف خاصاً".

ويضيف روسو: "اذا انصب الامر، حتى اذا كان لصاحب السلطان، على موضوع خاص، فهو ليس بقانون وضعي، بل مرسوم وليس عملاً من اعمال السيادة، بل عملاً من اعمال الادارة".

ويذهب روسو الى حد القول بأن الشعب لا يستطيع ان يعبر عن الارادة العامة إلا بصدد مواضيع عامة، فهو ينظر في شؤون الجماعة كلها وبالتالي فإن ليس له الصلاحية، من حيث المبدأ، في ان ينظر بمواضيع خاصة[3].

---

(١) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص١٧٢،١٧٣.

(٢) حول مذهب روسو، انظر: منذر الشاوي، الدولة الديموقراطية، ص٩٨وما بعدها.

(٣) روسو: العقد الاجتماعي، كتاب٢، باب٦.

وهذا الاتجاه الروسوي حول الصفة العامة للقانون الوضعي نجده عند رجال الثورة الفرنسية. فهذا بورتاليس (الذي لعب دوراً اساسياً في وضع القانون المدني الفرنسي) يقول ان "القانون الوضعي يحكم الكل: فهو يعتبر الاشخاص كجمهور لا كافراد وليس عليه ان يزج نفسه في المسائل الفردية... فالقانون الوضعي هو اعلان رسمي لارادة صاحب السلطان ينصب على موضوع ذي مصلحة عامة".

وعليه فإن الارادة العامة عند روسو هي: عامة في مصدرها وعامة في موضوعها. عامة في مصدرها لانها ارادة الشعب، وعامة في موضوعها لانها تطبق على كل الشعب. وحيث ان الارادة العامة يعبر عنها بالقانون، فيمكن، بناءً عليه، القول ان: الارادة العامة هي القانون الوضعي شريطة ان يصوت عليه الكل ويطبق على الكل. وفي هذا التعريف للارادة العامة، تعريف للديمقراطية بمفهومها الحديث. فالديمقراطية هي النظام الذي تعود فيه السيادة الى قوانين صوت عليها من الكل وتطبق على الكل. فالعنصر الأول في تعريف الديمقراطية هو القوانين التي يصوت عليها الكل، وهذا هو مبدأ "التصويت الشعبي"، الذي يستبعد كل تخويل للسيادة حتى اذا كان لممثلين منتخبين او لاغلبية المواطنين. فالسيادة تعود الى اجماع المواطنين معبرين عنه بالتصويت المباشر.

اما العنصر الثاني في تعريف الديموقراطية فهو ان تطبق القوانين على الكل. فما يبغيه روسو هو اقامة نظام يستبعد تبعية الانسان للانسان اي يستبعد هيمنة الانسان على الانسان. ومن اجل تحقيق ذلك فإنه من الضروري لا ان يوافق كل فرد على القانون فحسب، بل ان يخضع كل فرد للقانون ايضاً.

فروسو، يقول الاستاذ كابيتا، لم يرتكب الخطأ القاتل في مطابقة الديموقراطية مع الارادة الشعبية. فالديموقراطية ليست مجرد الارادة الشعبية، لان سيادة الاغلبية، وحتى الاجماع، يمكن ان يكون تحكمياً ويوقعنا من جديد في نظام الطغيان ما لم يصحح ذلك بمبدأ "عمومية القانون". القانون يصوت عليه الكل ويطبق كذلك على الكل. ففي هذه الحالة ان كل مواطن لا يخضع إلا الى القانون الذي وافق عليه، اي ان كل فرد سيكون في ذات الوقت مشرعاً ورعية.

واذا كان كل فرد يخضع من تلقاء نفسه الى القانون الذي اراده، فمعنى ذلك ان كل واحد يشرع ويشرع لنفسه. وفي هذا تعريف "الاستقلال الذاتي Autonomie" الذي تقوم عليه الديموقراطية. بناءً عليه فإن علاقات القانون ستكون متبادلة تماماً وبالتالي فإن مساواة المواطنين قد تحققت. فأي فرد لا يستطيع ان يفرض ارادته على الآخر دون ان تفرض عليه ارادة الآخر. ولما كانت هذه الارادات هي نفسها، فإنها تدخل ضمن قانون "عام" للكل.

وهكذا تتضح فكرة الارادة العامة عند روسو بحيث ان الديموقراطية هي في سيادة الارادة العامة، يقول الاستاذ كابيتا. فالارادة العامة (والديموقراطية كذلك) هدفها استبعاد كل امر شخصي في الدولة من فرد الى فرد، كل رابطة تبعية، كل طاعة، كل خضوع لانسان الى انسان[1].

١٨٢ ـ الأساس الليبرالي

وقد يكون الاساس الليبرالي من اهم الاسس التي تقوم عليها عمومية القانون الوضعي. وهذا الاساس يبغي حماية حريات الافراد وضمان امنهم. فقد كان الحكام، في الأصل، يمارسون السلطة باوامر فردية. ولكن بمرور الزمن ظهرت الحاجة الى تخليص الفرد من عدم استقرار وتحكم

---

(١) انظر: كابيتا، كتابات دستورية، ص٨٢ – ٨٥.

القرارات الفردية. فبات من الضروري تقييد سلطة الحكام بقواعد عليا ترسم حدود تدخلهم في كل حالة خاصة. من هنا كانت ولادة القانون الوضعي اي القاعدة المصوغة بنصوص عامة ومجردة معلنة بشكل مسبق بعض الاحكام المحددة او، ان شئنا، مبينة الشروط والحدود التي بمقتضاها وضمنها تسير نشاطات الحكام لمعالجة كل حالة فردية، بحيث ان قرارات الحكام اللاحقة لا يمكن ان تكون إلا تطبيقاً خاصاً لها. فكان القانون الوضعي، بعموميته وتجريده، الضمان الحقيقي لحريات الافراد وامنهم ضد تحكم الحكام وقراراتهم الفردية. فالافراد، بعد اليوم، لا يمكن ان يتعرضوا لأي مفاجأة تؤثر في وضعهم وحرياتهم حيث انهم على علم مسبق بالقانون الوضعي وبالتالي بالقرارات التي يمكن ان تطبق عليهم من قبل الادارة او القضاء.

ومن ناحية اخرى، فإن ما يضمن حرية المواطنين وامنهم هو ان المشرع سيضع قانوناً لاشخصياً ومجرداً وبالتالي بعيداً عن المصلحة الخاصة التي يمكن ان تبرر، وتبرر غالباً، القرارات الفردية. وكل ذلك يتحقق بفضل القانون الوضعي (وعموميته) بحيث اصبح الشرط الاساس للحرية. "في الواقع، يقول العميد دكي، لقد تم ادراك ان الثبات والعمومية والصفة المجردة للقانون المكتوب تكوّن الحماية الاكثر نجاعة للفرد ضد تحكم الدولة... كذلك ادرك ان القابضين على السلطة يجب ان لا يكون في استطاعتهم اتخاذ اي قرار فردي بصورة تحكمية لمعالجة هذا الوضع او ذاك، وانما هم مقيدون بقاعدة عامة ومجردة وضعت دون اعتبار لأية حالة او لأي شخص، ولا يمكنهم اتخاذ قرارات فردية إلا وفقاً للقاعدة العامة التي يتضمنها القانون الوضعي"[1].

وهذا التطور في النظرة الى السلطة وممارستها والى الحريات الفردية وضمانها، وجدت مؤداها، بصورة عامة، في الدولة الليبرالية.

لذلك فإن عمومية القانون الوضعي تفرضها ضرورة حماية حريات الافراد، وان هذه العمومية اصبحت صفة جوهرية وضرورية للقانون الوضعي في الدولة الليبرالية. وهذه الحماية تتحقق بما يقيمه القانون الوضعي من مصانعة بين المصالح المتناقضة للافراد. كما انه يحمي حريات الافراد بما يقيمه ايضاً من مصانعة بين حقوق وحريات الافراد تجاه الدولة، وبين سلطة ونشاط الدولة تجاه الافراد.

ولتحقيق كل ذلك فإن القانون يجب ان يكون عاماً ولاشخصياً وبالتالي محايداً وعادلاً. ففي تحديد قطاعات الحرية للافراد واقامة المصانعات بين الافراد وبينهم وبين الدولة، يتوجب ان لا يكون القانون ذا صفة فردية، وإلا اصبح منحازاً ومن ثم غير عادل. فعدم الانحياز سيتحقق اذا كان القانون ذا محمل عام ولاشخصياً. فالعدالة والحرية والمصانعة بين المصالح المتناقضة، تفرض، اذن، في الدولة الليبرالية، عمومية وتجريد القانون[2].

---

(١) دكي، المطول، ج٢، ص١٧٤.
ويرى الاستاذ اسما، "ان فضيلة الحماية التي يتمتع بها القانون الوضعي، تتأتى من مفهومه بالذات. فهو يمكن ان يعرّف، في الواقع، بأنه: قاعدة تحكم ليس لمصلحة خاصة ولكن للمصلحة العامة، ليس فيما يتعلق بفرد معزول، وانما فيما يتعلق بالكل وللمستقبل دائماً". (اسما، القانون الدستوري، ج١، ط٨، ١٩٢٧، المرجع السالف الذكر، ص٢٨-٢٩).

(٢) CF..Roger Bonnard: Le droit et l'etat dans la doctrine nationale-socialiste. 2e'd. PARIS. L.G.D.J.1939.p.132- 135.

في الواقع ان القوانين الوضعية هي غالباً ما تكون عامة اي ذات محمل عام. لكن من هذه الحالة لا يمكن ان نستخلص مبدأ مطلقاً وهو ان القانون الوضعي عام دائماً ولا يمكن ان يكون غير ذلك. ان القانون الوضعي يتضمن، في الحقيقة، قاعدة او قواعد قانونية، وهذه القاعدة القانونية، إن كانت في الغالب او المعتاد عامة، فإنه ليس من الضروري ان تكون دائماً كذلك. فيمكن ان توجد قواعد قانونية خاصة او فردية وبالتالي قوانين وضعية خاصة. فالقانون الوضعي، كما لاحظ الفقيهان الالمانيان لاباند وجيلنك، هو كل قرار يخلق قاعدة قانونية ذات قوة ملزمة. فما يهم ان نقره هو ان ارادة الشخص او الاشخاص قد قيدت من قبل ارادة خارجة عنها بواسطة امر او منع او اجازة. بتعبير آخر ان الأمر الذي تتضمنه القاعدة القانونية يتضمن الالتزام بالقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل، وهذا الأمر بذاته يكون القانون سواء انصب على حالة فردية أم صدر بصيغة عامة.

وبتعبير آخر، فإن جوهر القاعدة القانونية يتضمن "ما يجب ان يكون" عليه السلوك البشري، الذي يمكن ان يصاغ بشكل فردي او عام[1].

وعليه فإن القاعدة القانونية ليست بذاتها، بجوهرها، بمكوناتها، قاعدة عامة، لانها قاعدة اجتماعية كما يرى العميد دكي[2]. فالقاعدة القانونية ليست عامة لانها تولد من الحياة الاجتماعية، فهي، في الحقيقة، تنظم هذه الحياة الاجتماعية اي تنظم العلاقات الاجتماعية. وهذا التنظيم يكون عن طريق اصدار اوامر، عامة او خاصة، بالقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل. وهذا هو جوهر القاعدة القانونية. وعليه فالقاعدة القانونية يمكن ان تكون عامة كما يمكن ان تكون خاصة او فردية، لأن الأمر الذي تتضمنه يمكن ان يكون عاماً او فردياً كما لاحظ، بحق، الاستاذ رنه كابيتا[3].

ولا يمكن الاعتراض على هذا القول بأن الامر ليس بقاعدة لأنه يصدر تطبيقاً لقاعدة او تنفيذاً لقاعدة. إلا ان الأمر يمكن ان يكون كذلك كما يمكن ان يكون اصلياً صادراً عن القابضين على السلطة اي عن الحكام او المشرع.

وعليه لا يوجد اي الزام قانوني على المشرع بأن يقيم فقط قواعد قانونية عامة ولا يمكن ان يفعل غير ذلك. ان باستطاعة المشرع ان يضع قواعد قانونية عامة كما ان له ان يضع قواعد قانونية ذات محمل فردي وان كانت قليلة. والاعتبارات السياسية واعتبارات الملاءمة هي التي تحدد هذه الصيغة او تلك للقاعدة القانونية، وبالتالي للقانون الوضعي، وليس الطبيعة المزعومة للقاعدة

بونار، القانون والدولة في المذهب القومي. الاشتراكي، ص١٣٥.

دكي، المطول، ج٢، ص١٧١.

كابيتا: الامر القانوني، ١٩٢٨،ص٥٩.

القانونية او القانون الوضعي[1].

وعليه فليس صحيحاً ان نستخلص عمومية القانون الوضعي من عمومية الحياة الاجتماعية التي ينظمها القانون، إذ، كما لاحظ الاستاذ دابا، فإن "الاجتماعي" و"العام" ليس بينهما علاقة متبادلة وضرورية بحيث ان كل اجتماعي هو عام وكل عام هو اجتماعي او يستهدف ذلك. "فالأمر الفردي يمكن ان يقام تماماً بهدف ولغرض مصلحة اجتماعية اذن لمصلحة العمومية"[2].

١٨٤ ـ العمومية وأصل القاعدة القانونية

ان القاعدة القانونية يمكن ان تستهدف او تنظم، اذن، حالة عامة او مجردة كما يمكن ان تستهدف حالة خاصة او ملموسة، هذا يعني ان محمل القاعدة القانونية (عام او خاص) لا يؤثر مطلقاً في صفتها او خاصيتها القانونية.

بناءً عليه "لا يمكن الادعاء بأن القاعدة العامة وحدها مرشحة لأن تكتسب الصفة القانونية. ففي القانون القديم... كانت القانونية ترفض العمومية ودائماً عندما تصبح القاعدة ناجعة، فإن القاعدة الاكثر تجريداً يجب ان تتبلور في حالات فردية... فالتنظيم المجرد او التنظيم الملموس كلاهما يمكن ان يخلق القانونية".

وبعد ان ابان الاستاذ هيزر هذه الملاحظة، يقول ان القاعدة القانونية تنشأ تأريخياً من واقعة خاصة وان كل قاعدة قانونية، بصورة عامة، تنزع الى التعميم وتكون نموذجاً تنظم وفقاً له الحالات المماثلة. فالضرر الذي يتسبب باضرام النار نتيجة اهمال والضرر الذي يصيب مال الغير او الضرر الذي يسببه حيوان نتيجة لاهمال صاحبه، كلها حالات خاصة اصبحت شيئاً فشيئاً قاعدة عامة نجدها في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على ان اي فعل يسبب ضرراً للغير... يلزم صاحبه بالتعويض.

وفي القانون الحديث، فإن المشرع يبدأ بخلق تطور قانوني انطلاقاً من حالات فردية، فالراتب التقاعدي الذي يخصص لارملة او اولاد قائد عسكري معين يمكن ان يصبح، اذا استمرت الحرب، قانوناً اعتيادياً يمنح تقاعداً خاصاً لارملة او اولاد كل قائد عسكري استشهد في الحرب. إلا ان مجتمعات اليوم (وهي مجتمعات ديموقراطية الجماهير) تدعو المشرع الى ان يضفي الصفة القانونية على نماذج لكي تصبح مثلاً تقاس عليها كل التصرفات المماثلة.

ولكي يبني المشرع هذه النماذج فإنه يقوم باعطاء صفة العمومية للقواعد القانونية التي يضعها كلما امكن ذلك. ورغم انه ليس هناك ما يمنع من ان تكون حالة خاصة موضع معالجة قانونية، فإن الاتجاه الحديث هو في ان لا تعطى الصفة القانونية إلا الى الحالات التي تتكرر، لكي يُعطى الى القاعدة الحد الاعلى من الشمولية[3].

---

(١) ان "العمومية في التعبير عن القاعدة لا تعود الى القاعدة ذاتها، بل الى روح النظام السياسي الذي يريد ان لا تصاغ القواعد القانونية في القانون الوضعي إلا بشكل عام ولا شخصي" (بونار، القانون والدولة في المذهب القومي. الاشتراكي،ص١٣٥).

(٢) دابا: النظرية العامة للقانون، ص٧٥، ط٣، ص٩٦.

(٣) انظر: هيزر، النظرية العامة للقانون، ص٤١١، ٤١٢.

العمومية وحماية الحريات الفردية

١٨٥ ـ العمومية وحماية الحريات الفردية

وحتى على صعيد حماية المواطنين وحرياتهم، فإن نظرية عمومية القانون الوضعي قد لا تفي بالغرض المطلوب. فالقول بأن كل نص عام يكون قانوناً وضعياً، لا يمّكن القانون الوضعي من توفير الحماية المطلوبة للمواطنين كما لاحظ الاستاذ كاره دمالبر. فلكي تتحقق الحماية لا يكفي ان تكون القاعدة التي تطبق على الافراد، عامة بل يجب ايضاً وبالأخص ان تملك قوة مهيمنة بحيث تستطيع ان تقيد السلطة الادارية، وإلا فإن السلطة الادارية يمكن ان تخالفها، في حالات فردية، وتصبح كل نجاعة العمومية بالتالي غير ذات موضوع. فالحماية الحقيقية التي تقدمها القوانين الوضعية للمواطنين لا تكمن في عموميتها بقدر ما تكمن في انها تصدر عن سلطة عليا[1].

§٢ـ مفهوما القانـون الوضعـي

أولاً ـ فكرة مفهومي القانون الوضعي

١٨٦ ـ المفهـــوم الشـــكلي

خلال فترة طويلة عُرّف القانون الوضعي وفقاً للهيئة التي تضعه اي وفقاً للشكل او الاجراء الذي يتبع عند اقامته. فمنذ الثورة الفرنسية عُرّف القانون الوضعي بأنه كل قرار صادر عن الهيئة التشريعية بصرف النظر عن مضمون او محتوى او موضوع هذا القرار. وعليه فإن كل قرار صادر عن الهيئة التشريعية، سواء أتضمن نصاً عاماً أم نصاً خاصاً، هو قانون وضعي. فالنصوص التي تنظم الزواج وتضعها الهيئة التشريعية هي قانون وضعي.

كما ان القرار الذي يصدر عن الهيئة التشريعية بمنح شخص وساماً او رتبة معينة او باقامة مراسيم تشييع لشخصية مرموقة او الموافقة على شراء بناية لاتخاذها مقراً لسفارة في الخارج، هو ايضاً قانون وضعي، طالما صدر عن الهيئة التشريعية واتبع في وضعه الاجراءات او الشكليات التي حددها الدستور.

١٨٧ ـ المفهـــوم المـــادي

إلا ان هذا المفهوم او التعريف الشكلي للقانون الوضعي لم يرض الفقهاء في فرنسا في نهاية القرن التاسع عشر وخاصة في بداية القرن العشرين.

فقد قالوا بأن ما يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار عند تعريف القانون الوضعي هو مضمونه او موضوعه او مادته، بحيث تكون الاولوية للمضمون على الشكل في تعريف او تحديد القانون الوضعي. ولذلك فإن المفهوم او التعريف المادي او الموضوعي للقانون الوضعي هو الذي يجب ان يُعتد به. واذا لم يكن ذلك بصفة مطلقة فعلى الأقل تكون له الاولوية على التعريف او المفهوم

(١) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٢٩٤.

الشكلي للقانون الوضعي. وعلى هذا الاساس سيكون قانوناً وضعياً كل نص يتضمن قاعدة قانونية (او اكثر) ذات صفة عامة. اما ماعدا ذلك من نصوص فهي ليست بقانون وضعي إلا من حيث الشكل لان اجراءات معينة اتبعت في اقامتها من الهيئة التي حددها الدستور ورسم اجراءات عملها. وعليه يكون قانوناً بالمعنى المادي او بالمفهوم المادي او الموضوعي كل نص يكون لمضمونه محمل القاعدة التشريعية مهما كان الشكل الذي يأخذه.

ثانياً. الأصول التاريخية لمفهومي القانون الوضعي

١٨٨ - الفكـــرة عـــند روســـــو

يعرف روسو القانون الوضعي بأنه التعبير عن "الارادة العامة"[١]. ويحدد ان المقصود بذلك هو ان القانون الوضعي اذا وجد مصدره في الارادة العامة للشعب، فإن موضوعه ايضاً يجب ان يكون عاماً بحيث ينظم، بصورة مجردة، الشعب بإكمله. "عندما يحكم كل الشعب، كل الشعب...عندها فإن المادة التي يبت فيها هي عامة كالارادة التي تبت، وهذا القرار اسمه القانون الوضعي"[٢].

ومن هذا المنطلق يستخلص روسو النتيجتين التاليتين: ان ارادة جزء من الشعب او من باب اولى ارادة شخص واحد، لا يمكن ان تنجب القانون الوضعي، وان الارادة العامة للشعب حين تنصب على موضوع خاص فإنها لا تكون قانوناً بل قراراً ادارياً. وفي هذا الصدد يقول روسو: ان "القانون الوضعي يجمع عمومية الارادة وعمومية الموضوع، بينما ما يأمر به فرد، مهما كان لا يكون قانوناً، بل قراراً ادارياً". ويضيف روسو بأن: ما يأمر به حتى صاحب السلطان اذا انصب على موضوع خاص، فإنه ايضاً ليس بقانون وضعي بل قرار اداري وهو ليس عملاً من اعمال السيادة بل من اعمال الادارة[٣].

فلكي يوجد القانون الوضعي، بالنسبة لروسو، يجب توافر شرطين: شرط شكلي يتعلق بأصل القانون وشرط موضوعي يتعلق بمضمون او مادة القانون الوضعي.

إلا ان روسو لا يقيم، في الحقيقة، مفهومين للقانون الوضعي، شكلي ومادي (موضوعي)، بل مفهوماً واحداً يتضمن في ذات الوقت عنصراً شكلياً وعنصراً مادياً او موضوعياً. واذا افتقد اي عنصر من هذين العنصرين فلا وجود للقانون الوضعي، بل هناك عمل او قرار اداري. فالقانون الوضعي. بالنسبة لروسو، يجب ان يكون في ذات الوقت، التعبير عن الارادة العامة فيما يتعلق باصله او مصدره وفي موضوعه (العام) ايضاً، فهو عام في اصله وعام في موضوعه، اذ يجمع الشكل والموضوع في ذات المفهوم. ولهذا لا يمكن تصور مفهوم مادي وآخر شكلي للقانون الوضعي عند جان جاك روسو.

---

(١) انظر: اعلاه، بند١٨٥.

(٢) روسو: العقد الاجتماعي، كتاب٢، باب٦.

(٣) روسو: العقد الاجتماعي، كتاب٢، باب٦.

١٨٩ ـ التجربة الدستورية الألمانية

ان التمييز بين المفهوم الشكلي والمفهوم المادي للقانون الوضعي لا يعود، في الحقيقة، الى روسو، بل يمكن ان يجد اصله التأريخي في المانيا. ففي الدول الالمانية، وخاصة في بروسيا، كان الملك حتى القرن التاسع عشر هو القابض الوحيد على السلطة وبالتالي هو الذي يمارسها. ولكن بفعل الدساتير الالمانية التي صدرت في هذه الفترة تحولت الملكية المطلقة الى ملكية مقيدة بحيث ان ممارسة السلطة انتقلت الى هيئات اخرى منفصلة عن الملك او على الأقل اصبحت تسهم مع الملك (الذي بقي من حيث المبدأ صاحب السلطة) في ممارسة السلطة. فأصل السلطة كان للملك لكنه تنازل عن صلاحية تشريع القوانين الى المجالس النيابية. وقد ترتب على ذلك ان الصلاحيات التي لم يمنحها او يتنازل عنها الملك بقيت له وهو الذي يمارسها وانجع وسيلة لممارستها هي عن طريق وضع القواعد القانونية. وحيث ان اقامة القانون الوضعي تعود، وفقاً للدساتير الالمانية، الى المجالس النيابية، وانطلاقاً من اعتبارات ديموقراطية وليبرالية، ذهب الفقه الالماني الى القول بأن "القانون الوضعي" يتضمن القواعد القانونية التي تتعلق بحقوق المواطنين. وعليه فإن كل ما يتعلق بهذه الحقوق يجب ان يكون موضوع تنظيم من قبل قانون وضعي تضعه المجالس النيابية. اما القواعد الاخرى، التي لا تتعلق بحقوق المواطنين فللملك ان يضعها عن طريق "نظام Ordonnance". وعليه فإن كل ما يمس حقوق المواطنين يكون موضوع او مادة القانون الذي تضعه المجالس النيابية، وبالتالي فإن اختصاص البرلمان هو وضع القوانين المادية. اما القرارات او النصوص التي لا تتعلق بالافراد او بحقوقهم او تكون ذات محمل خاص، فإن اقامتها لا تعود الى المجالس النيابية وبالتالي لا تكون موضوع قانون وضعي، فهي يمكن ان تكون موضوع نظام (اداري) يضعه الملك بمبادرة منه ودون تدخل المجالس النيابية. ولكن اذا صادف ان كانت مثل هذه الامور محل نظر المجالس النيابية، فإنها سوف لا تكون قوانين وضعية بالمعنى الدقيق اي المادي وانما هي قوانين وضعية شكلاً لأنها صدرت عن المجالس النيابية بدلاً من ان تصدر عن الملك. فالقانون الوضعي "الحقيقي"، في هذا التصور، هو "القانون المادي" اي الذي تكون مادته تنظيم حقوق المواطنين ويكون بالتالي من اختصاص المجالس التشريعية[١].

إلا ان هذا التمييز بين القانون الوضعي الشكلي والقانون الوضعي المادي الذي يجد اصله في المعطيات السياسية والدستورية الالمانية، لا يملك قيمة موضوعية في ذاته، اي لا يقوم على التحليل العلمي لفكرة او مفهوم القانون الوضعي.

لذلك فقد حاول العميد دكي ايجاد اساس يقوم عليه التمييز بين مفهومي القانون الوضعي منطلقاً في ذلك من معطيات مذهبه عن "القانون الموضوعي".

---

(١) انظر: كاره دمالبر، النظرية العامة للدولة، ج١، ص٣١٤ - ٣١٦.

١٩٠ ـ مشكلة التمييز بين المفهومين

يقول العميد دكي: "نحن لا نفهم كيف ان صفة قرار acte يمكن ان تتغير وفقاً للهيئة التي تتخذ هذا القرار. فاما ان القرار التشريعي والقرار القضائي والقرار الاداري لا يوجد اي فرق بينها، واما ان هذا الفرق موجود، ويجب ان يبقى مهما كان صانع القرار ومهما كان الشكل الذي من خلاله يظهر لنا (القرار)"[١].

وانطلاقاً من ذلك يميز العميد دكي بين نوعين من القوانين الوضعية: القانون الوضعي المادي والقانون الوضعي الشكلي. ويكون قانوناً وضعياً من الناحية الشكلية، وفقاً للعميد دكي، كل قرار صادر عن الهيئة التي تكون لها صفة الهيئة التشريعية وفقاً لدستور البلاد، بصرف النظر عن الصفة الجوهرية للقرار وموضوعه. اما من الناحية المادية فيكون قانوناً وضعياً كل قرار يملك بذاته الصفة الجوهرية للقانون الوضعي وذلك بصرف النظر عن الفرد او الهيئة التي اتخذته. وعندها نكون امام قرار تشريعي وفقاً لطبيعته الخاصة والذي يمكن ان يكون، في ذات الوقت، قانوناً وضعياً شكلاً، كما يمكن ان لا يكون كذلك وغالباً هو ليس كذلك[٢].

ويعتقد العميد دكي ان معظم الصعوبات التي اثيرت بمناسبة تحديد طبيعة القانون الوضعي تتأتى من عدم التمييز بين المفهوم الشكلي والمادي له. لكن ما هو اساس هذا التمييز في الحقيقة؟

١٩١ ـ أساس التمييز بين المفهومين

بالنسبة للعميد دكي ليس هناك قانون وضعي حقيقي غير القانون الوضعي المادي، لأنه يتميز بمادته التي تترجم او تصوغ "قاعدة قانونية موضوعية". فالقانون الوضعي المادي يملك، اذن، بطبيعته وبذاته صفة القانون الوضعي بصرف النظر عن الشخص او الهيئة التي تضعه. اما القانون الوضعي الشكلي فهو اي نص تضعه الهيئة التشريعية بصرف النظر عن صفته الذاتية او موضوعه. وعليه فإن اي نص يمكن ان يكون قانوناً وضعياً شكلياً، في حين ان القانون المادي يمكن ان يكتسب الصفة الشكلية ويمكن ان لا يكتسبها دون ان يؤثر ذلك في كونه قانوناً وضعياً من الناحية المادية، لأنه يتضمن قاعدة قانونية موضوعية. "فالقانون الوضعي من الناحية المادية، يقول العميد دكي، هو القرار الذي تصوغ به الدولة قاعدة قانونية موضوعية او تقيم قواعد (او) تنظم مؤسسات تهدف الى ضمان بلورة قاعدة قانونية موضوعية. (و) الوظيفة التشريعية هي بالطبع وظيفة من وظائف الدولة تكون مهمتها وضع القوانين بهذا المعنى"[٣].

(١) دكي، الدولة، القانون الموضوعي والقانون الوضعي، ج١، باريس، ١٩٠١، ص٤٣٥.
(٢) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص١٦٠ـ١٦١.
(٣) دكي، المطول، ج٢، ص١٦٥.

وعليه فالقانون الوضعي، عند العميد دكي، يجد اساسه في قاعدة من قواعد القانون الموضوعي حيث يقوم إما بصياغة القاعدة القانونية الموضوعية المسلم بها في فترة معينة وإما ان يتضمن مجموعة من القواعد التي من شأنها ضمان تطبيق هذه القاعدة القانونية الموضوعية.

لذا فإن القوانين او القواعد القانونية التي تضعها الدولة بواسطة هيئاتها التشريعية، هي، في الحقيقة، قواعد قانونية موضوعية لانها تقر قانوناً او قاعدة قانونية موضوعية او تعمل على بلورتها. وعلى هذا الاساس يخلص العميد دكي الى القول بأنه: يمكن تعريف القانون المادي بأنه كل قرار يصدر عن الدولة ويتضمن قاعدة قانونية موضوعية. ولما كانت القاعدة القانونية الموضوعية تتميز بصفتين هما العمومية والأمر، ولما كان القانون الوضعي (المادي) بلورة للقاعدة او القانون الموضوعي، لذا كان او يجب أن يكون عاماً وآمراً[1]. وعليه فإن ما يميز القانون الوضعي او يحدد صفته الاساسية، عند العميد دكي، هو ليس لكونه يصدر عن هيئة معينة، مهما كانت اهميتها السياسية وموقعها في تدرج الهيئات في الدولة، بل لأنه يتضمن او يبلور قاعدة قانونية (موضوعية). وهذا الموقف، بل هذه الرؤية للأمور، دعت العميد دكي الى ان يقول: "ان القانون الوضعي، في مفهومي ليس له مطلقاً صفة الامر المفروض الذي يعطيه البرلمان، لان البرلمان هو الذي صاغه. فالتسعمائة شخص الذين يكونون البرلمان (الفرنسي) لا يستطيعون مطلقاً ان يوجهوا لي امراً: فالقانون الوضعي لا يفرض على طاعة المواطنين إلا اذا كان تعبيراً او تطبيقاً لقاعدة قانونية، وواجب الحكام هو ان ينظموا الهيئة التشريعية بحيث تتحقق كل الضمانات الممكنة لكي لا تحيد عن هذه المهمة"[2].

رابعاً ـ نقد نظرية دكي

ان نظرية دكي عن مفهومي القانون الوضعي، هي، في الحقيقة، بيان موقفه من القانون الموضوعي. وقد سبق ان ناقشنا[3] مفهوم "القانون الموضوعي" من خلال النقد الذي وجه الى فكرة القاعدة القانونية عند العميد دكي.

لذا فإن التصدي، الآن، الى مفهوم "القانون الوضعي" في مذهب دكي، يمكن ان يكمل الصورة التقييمية لهذا المذهب.

١٩٢ ـ أساس القانون الوضعي

سبق ان رأينا[4]، ان القانون الوضعي او القانون المكتوب كما يسميه دكي، هو اولاً طريقة لاقرار القاعدة القانونية التي تكونت في ضمائر جمهور الافراد، وهو ينظم، ثانياً، الاجراءات الفنية او التكنيكية لصياغة القاعدة القانونية وتحديد الجزاء لها. فالقانون الوضعي هو مجموع القواعد القانونية البناءة التي تتضمن صياغة وجزاء القواعد القانونية السننية، فهي قد اقيمت لضمان احترام وتطبيق هذه القواعد.

---

(١) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص١٦٦.

(٢) دكي: المطول، ج٢، ص٣٨، ٣٩.

(٣) انظر: اعلاه، بند٨٨ وما بعده.

(٤) انظر: اعلاه، بند٨٤.

وهذا يتطلب تدخل القابض على القوة بغية تحقيق القانون بالارغام. وعليه فإن وجود القواعد البناءة يفترض وجود التمييز بين الحكام والمحكومين، اي وجود دولة وفق دكي.

لكن الا يعني هذا ان الذي يستخلص القاعدة القانونية الموضوعية ويؤكد وجودها وضمانها، هم الحكام القابضون على السلطة وليس جمهور ضمائر الافراد؟ "الحكام، يقول العميد دكي، يقيمون القانون لأن مهمتهم الاولى هي ضمان تحقيق القانون، (و) هذه القاعدة القانونية هي قواعد النظام الاجتماعي الذي يقوم على الاعتماد المتبادل للافراد الذين يعيشون في مجتمع. (و) القانون الوضعي هو التعبير عن هذه القاعدة. فيجب اذن ان يملك نفس الصفات ونفس المحمل"[1].

واذا كانت القاعدة الاجتماعية تتحول الى قاعدة قانونية حين يشعر جمهور الافراد بضرورة تنظيم جزاء لمن يخرقها، فإن مضمون هذه القاعدة وابعادها ووسائل تطبيقها يحددها الحكام عن طريق القواعد القانونية البناءة التي يضعونها، وبالتالي فإن مصير القاعدة القانونية، إن صح التعبير، يتوقف على ارادة الحكام الذين يقرون هذه القاعدة وينشئون "طرق القانون" الضرورية لتطبيقها.

وهذا ما يؤكده العميد دكي حين يقول: ان "القانون المكتوب كان الاظهار الطبيعي للضمير القانوني للجماعة"[2].

بناءً عليه فإن القواعد التي تصوغها الدولة لاظهار القانون الموضوعي هي قواعد قانونية موضوعية. ان "...القواعد التي تقيمها الدولة، يقول دكي، سواء لاقرار القانون الموضوعي أم لتحقيقه، هي نفسها قواعد قانون موضوعي"[3].

لكن هذا القانون الوضعي، لكي يكون قانوناً بالمعنى الدقيق يجب ان يكون آمراً. فمن اين تأتي الصفة الملزمة للقانون الوضعي؟

ان العميد دكي يرفض المفهوم التقليدي للقانون الوضعي الذي يرى فيه التعبير عن ارادة عليا سواء أكانت ارادة الدولة أم ارادة الامة. لذلك فهو يقول: ان "...القانون الوضعي لا يتضمن، في الحقيقة، امراً موجهاً من ارادة عليا الى ارادة دنيا. كما ان القانون الوضعي ليس قرار مشرع ذاسيادة يفرض نفسه على رعاياه الذين يدينون له بالطاعة. القانون الوضعي آمر لأنه يتضمن صيغة قاعدة آمرة بذاتها او لانه يبغي ضمان تحقيق هذه القاعدة ولأجل هذا... يحدد اختصاصات، ويقيم منوعات ويفرض التزامات"[4].

إلا انه يمكن الاعتراض والقول: اذا كان القانون الوضعي يتضمن نصاً او صيغة قاعدة قانونية آمرة بذاتها او يتضمن تحقيقاً لمثل هذه القاعدة، فكيف يتواءم ذلك مع نفي العميد دكي للصفة الآمرة للقاعدة القانونية الوضعية؟

---

(1) دكي، المطول، ج٢، ط٣، ص١٧٢.

(2) دكي: المطول، ج٢، ص١٧٤.

(3) دكي: المطول، ج٢، ص١٦٦.

(4) دكي: المطول، ج٢، ص١٩٥.

وبصدد امر القانون الوضعي يقول ايضاً: "القانون الوضعي دائماً آمر. إلا ان صفته هذه لا يملكها لأنه امراً بالمعنى الدقيق، بل لأنه يصوغ قاعدة قانونية هي بطبيعتها آمرة، او لأنه يبغي ضمان احترام وتطبيق قاعدة قانونية، وعندها فإن سنده هذه القاعدة التي هي بطبيعتها آمرة" (المطول، ج٢، ص١٨٨،١٨٧).

صحيح ان العميد دكي يتدارك الأمر فيقول ان القانون الوضعي لا يتضمن امراً بالمعنى الدقيق لكن اقامة الممنوعات وفرض الالتزامات من قبل القانون الوضعي، الا تعني انه يأمر، وإلا كيف نفهم هذه المكنة في اصدار اوامر ايجابية او سلبية؟ "...القانون الوضعي، يقول دكي، يتضمن الأمر او المنع للقيام بعمل معين، وبكلمة امراً ايجابياً او سلبياً"(1).

والعميد دكي يعترف بأن الحكام هم الذين يضعون القانون الوضعي، إلا ان القانون الوضعي الذي يقيمونه لا يملك القوة الملزمة إلا بقدر ما يكون متوافقاً مع القاعدة القانونية ويكون هدفه ضمان تطبيقها(2).

وهذا يعني، إذن، ان الحكام، القابضين على السلطة او قوة الارغام الاجتماعية، لا يستطيعون عن طريق القانون الوضعي ان يوجهوا اوامر الى الآخرين.

وهذا التناقض عند العميد دكي مرده دائماً هاجسه من ان الحكام الذين يضعون القواعد القانونية يتصرفون بفضل سلطة تمنحهم قدرة فوق الطبيعة او انهم يمثلون ارادة الامة التي لا ارادة لها.

لكن تبقى الحقيقة الماثلة امام الاعين، هي وجود افراد يقبضون على السلطة ومن ثم يصدرون اوامر عن طريق وضع قواعد سلوك تأمر او تنهى.

وبدوره يقول العميد دكي، هذا صحيح، إلا ان هذه القوانين لا تكون ملزمة ما لم تتوافق مع القانون الموضوعي. إن "النتيجة للاساس الذي اعطيه للقانون الوضعي هي... ان اي شخص غير ملزم باطاعة القانون الوضعي حين يكون مخالفاً للقانون"(3). والعميد دكي لا يتراجع مطلقاً امام هذه النتيجة، إلا انه بهذا يجعل من القاعدة القانونية الموضوعية "قاعدة عليا" تسمو على المشرع في حين انه هو الذي "اكتشفها" وحدد "طرق القانون" الضرورية لتنفيذها.

١٩٣ ـ استقلال القانون الوضعي

واذا كان القانون الوضعي يسلتزم وجود حكام، قابضين على السلطة، وهم الذين يضعون قواعد قانونية ذات جزاء (لضمان تنفيذ القاعدة القانونية السننية)، افلا يعني ذلك انهم يقيمون قواعد قانونية حقيقية تكون مصدراً للقانون؟ إلا ان العميد دكي يقول ان "المشكلة مطروحة بشكل مغلوط"(4). فالقانون الوضعي ليس بمصدر للقانون، بل هو طريقة لاقرار والتعبير عن القاعدة القانونية الموضوعية، وهو لا يُفرض إلا بقدر ما يتوافق مع هذه القاعدة. بناءً عليه فإن القانون الوضعي لا يتضمن قواعد ملزمة للافراد، بل فقط قواعد تكنيكية توجه للحكام ولوكلائهم(5).

إلا ان الجزاء، الذي هو بيد الحكام الذين يقيمون القانون الوضعي، هو الذي يمنح القوة الملزمة للقاعدة القانونية عند العديد من الفقهاء، بمعنى ان الجزاء هو معيار القاعدة القانونية

---

(١) دكي: المطول، ج٢، ص١٨٠.

(٢) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص١٩٦.

(٣) دكي: المطول، ج٢، ص١٩٦.

(٤) دكي: المطول، ج١، ط٣، ص١٥٣.

(٥) انظر: دكي، المطول، ج١، ص١٥٤، ١٧١.

وبالتالي فهو ضروري لوجودها القانوني اي لوضعيتها.

نعم ان جمهور الافراد يشعر بضرورة تنظيم جزاء لقاعدة اجتماعية كما يقول دكي، لكن اذا كان الجزاء، بحدوده وابعاده، تضعه الدولة من خلال قوانينها الوضعية، افلا يعني ذلك انها تقيم قواعد قانونية حقيقية[1].

ان رأي العميد دكي حول القانون الوضعي يتجافى مع المنطق ومع الواقع ومع معطيات مذهبه ايضاً. فالدولة، بالنسبة له، هي تمييز بين حكام ومحكومين، والحكام هم افراد كباقي افراد المجتمع، يعون التضامن الاجتماعي وعندهم الشعور بالعدالة. وبما انهم حكام، فيترتب عليهم وضع قوانين، لكن هذه القوانين يجب ان تقتصر على اقرار "القانون" وايجاد الوسائل التكنيكية لصياغته ولا تتضمن امراً.

"القانون الوضعي، يقول دكي، يضعه، في الحقيقة، الحكام، وفي فرنسا من قبل الاغلبية البرلمانية التي تصوت عليه ورئيس الدولة الذي يصدره. (و) هؤلاء الافراد هم افراد كالآخرين ولا يملكون بأي حال سلطة صياغة الاوامر. فالقانون الذي يضعونه لا يملك اذن القوة الملزمة إلا بقدر ما يكون متوافقاً مع القاعدة القانونية حيث ان هدفه هو ضمان تطبيقها"[2].

واذا كانت القاعدة القانونية البناءة تفترض وجود دولة، فإن هذه القاعدة لا تتلقى من الدولة صفتها الملزمة. فخلف كل قاعدة بناءة يجب ان توجد سنة قانونية تستمد منها قوتها الملزمة. واذا سايرنا هذا المنطق للعميد دكي، فإنه يوصلنا الى ان مدونات كبيرة تحتوي على المئات بل الآلاف من المواد "القانونية" لا تملك الصفة القانونية الوضعية، إلا لأنها تجد سندها في عدد قليل من القواعد القانونية الموضوعية[3].

---

(١) ان المثل الذي يسوقه العميد دكي عن قانون تقاعد العاملين في بعض القطاعات الصادر عام ١٩١٠ ولم ينفذ لمدة طويلة، كان يعوزه، في الواقع، تنظيم بعض الجزاءات وليس لأن عدم تنفيذه يعود الى عدم تجاوبه مع الضمير القانوني، اي انه لم يجد صدى في ضمير جمهور الافراد (لمزيد من التفصيل حول هذه المسألة، انظر: جني، العلم والتكنيك، ج٤، ص١٧٠-١٧٢).

(٢) دكي: المطول، ج٢، ص١٩٦.
ويترتب على ذلك ان القاعدة القانونية الموضوعية هي قانون يعلو على المشرع ومن ثم يمكن مقاومة القانون الوضعي اذا خالف "القانون" (انظر: دكي، المطول، ج٢، ص١٩٦-١٩٧)، وللمحاكم ان ترفض تطبيقه باعتباره غير دستوري. ويقول العميد دكي، "اعتبر التعبير قانوناً غير دستوري كمرادف لقانون وضعي مخالف لقانون ذي علوية مكتوباً او غير مكتوب... (و) النتيجة المنطقية لذلك هي ان القانون الوضعي الذي يخالف القانون الموضوعي او الذي ليس له هدف تحقيق قاعدة قانونية وضمان تنفيذها، هو قانون لا قيمة له، قانون وضعي بدون قوة تنفيذية... وسواء أو جدت ام لم توجد في بلد، هيئة مكلفة لتقييم توافق القوانين (الوضعية) مع القانون الموضوعي، واعلان انتفاء القوة الملزمة للقوانين الوضعية المخالفة للقانون، فإننا يجب ان لا نتردد باستخلاص كل النتائج من الطرح المتقدم والقول ان رفض الطاعة لقانون وضعي مخالف للقانون، هو شرعي تماماً". (دكي: المطول، ج٢، ط٢، ص٧١٠-٧١١).
ويلاحظ الاستاذ جيز ان "نظرية دكي هذه تظهر واحدة من النقاط الضعيفة في مذهبه القانوني. فهو يخلط بين السياسة والتكنيك القانوني". (جيز، المقال السالف الذكر، ص١٤٤).
وعليه فإن القانون الوضعي ليس امراً يعطيه البرلمان ويفرض لأن البرلمان صاغه، فالقانون الوضعي لا يفرض على طاعة المواطنين إلا اذا كان تعبيراً او صياغة للقاعدة القانونية. (انظر: دكي، المطول، ج٢، ط٣، ص٣٨-٣٩).

(٣) وعليه فإن قاعدة لا تقتل او لا تسرق تكونان وراء كل المدونة العقابية. اما المدونة المدنية، وعلى سبيل المثال، مدونة نابليون، التي تحتوي على اكثر من الفي مادة، فإنها تجد قوتها الملزمة في ثلاث قواعد (اذا استثنينا قانون العائلة) فقط: حرية التعاقد، احترام الملكية وتعويض الضرر بسبب الخطأ، وكل المواد او القواعد الاخرى هي قواعد بناءة. وهذه القواعد لا توجه الى الافراد، بل الى الحكام ووكلائهم، وبالتالي فهي ملزمة للحكام ووكلائهم فقط.
(انظر: دكي، المطول، ج١، ص١٠٨-١١٠).

في الحقيقة ان نظرية العميد دكي عن "القانون الوضعي" تلغي دور المشرع في الدولة، بمعنى انها تلغي دور الحكام في ممارسة السلطة عن طريق وضع القواعد القانونية.

والعميد دكي صاحب منهج واقعي في البحث العلمي، بمعنى انه ينطلق من الواقع ومن الوقائع فقط، وهي تخبرنا بأن الحكام يمارسون حقيقة وفعلاً السلطة عن طريق وضع قواعد قانونية تحدد سلوك الافراد في المجتمع.

فلا يمكن اذن تجاهل هذه الحقيقة والقول بأن ما يضعه الحكام من قواعد سلوك لا تجد قانونيتها وبالتالي الزامها إلا في قاعدة "موضوعية" تكون السند لها. لذلك يتوجب فك الارتباط بين القانون الوضعي و"القانون الموضوعي" فالمشرع "مستقل" في وضع القاعدة القانونية، بمعنى انه ليس هناك ربط مصيري، كما عند العميد دكي، بين القانون الموضوعي والقانون الوضعي وخضوع هذا الاخير للأول.

لكن هذا "الاستقلال" لا يعني مطلقاً ان لا يعير المشرع الاهمية اللازمة للعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية المؤثرة في الفترة التي يُشرع فيها. وهذه العوامل يمكن ان تنجب، في مرحلة معينة، مجموعة من المعتقدات والقناعات والمشاعر والمبادئ التي يتوجب أخذها بنظر الاعتبار وإلا فإن المشرع سيضع قواعد قانونية ميتة بالولادة.

لكن هذا لايعني ان هذه الوقائع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية تكون رأياً ذا مضمون "قانوني" يُفرض على المشرع، كما يرى العميد دكي، فالقانون الوضعي يبقى اختياراً سياسياً ينصب على ما يتعلق بحياة الدولة والمجتمع.

وعليه فإن دور القانون الوضعي وبالتالي دور المشرع لا يقتصر، كما يدعي العميد دكي، على اقرار القاعدة القانونية (الموضوعية). فهذا الرأي "مبالغ فيه وغير دقيق بشكل ظاهر. فمهما كان موقفنا من القانون الذي يسبق في وجوده القانون الوضعي، فإنه من البداهة القول ان المشرع لا يجد قواعد القانون جاهزة في الطبيعة البشرية... او في المجتمع الذي يريد ان يحقق النظام فيه... وحتى بالنسبة لاولئك الذين يضعون اساس القانون في الواقع الاجتماعي وحده... فإنه من المستحيل ايضاً ان نجد في البناء الاجتماعي كل مادة القواعد الضرورية للحياة الجماعية... فالمشرع يبني، يبتدع القواعد التي لم تعط له. فهو يختار بين عدة حلول ويلجأ الى التكنيك (القانوني). فدوره ليس في ان يترجم قانوناً سابق الوجود ومسلماً به، بل عليه ايضاً ان يخلق، ان يتصور وبالتالي يقرر بمحض ارادته... فالقانون الوضعي، في المجتمع المدني، هو من صنع السلطة العليا، التي وفقاً لمهمتها، يجب ان تقرر"[1].

ووجود الحكام، عند دكي، هو نتيجة للتمييز الطبيعي الذي يحدث في كل مجتمع بين الاقوياء والضعفاء، فسلطة الحكام توجد، إذن، ولا يمكن إلا ان توجد. إلا ان العميد دكي يرى ان هؤلاء الحكام ليس لهم الحق لأن يوجهوا الاوامر، وان التعبير عن ارادتهم لا قيمة له إلا اذا توافق مع القاعدة القانونية الموضوعية[2].

---

(١) برت دلاكرساي ولابورد. لاكوست: مدخل عام لدراسة القانون، المرجع السالف الذكر، ص٢٠٠.

(٢) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص٣٨.

ونحن نقول: نعم ان الحكام ليس لهم "الحق" في توجيه الاوامر الى الافراد اعضاء المجتمع، بيد ان مهمتهم الاساسي او واجبهم هو وضع قواعد قانونية لتنظيم حياة المجتمع في شتى مرافقه، بمعنى ممارسة السلطة التي تتبلور في هذه القواعد، فالحكام لا يملكون "الحق" في وضع القواعد القانونية، انما هم في "وضع" يمكنهم من ان يطلبوا من الآخرين القيام بعمل او الامتناع عنه. وهذه "المكنة" يمكن ان نسميها سلطة. وهذه السلطة او المكنة لا يملكها الحكام (فرداً ام هيئة) بذاتهم وانما بمقتضى الدستور، فهم في "وضع دستوري" يمكنهم القيام بذلك.

فمكنة وضع القاعدة القانونية مستمدة، اذن، من النظام الدستوري النافذ في بلد معين. وهنا يكمن الخلاف مع العميد دكي. فهو يهمل هذا النظام الدستوري قائلاً ان قرارات او تصرفات الحكام لا تكون ملزمة وقانونية ما لم تكن موافقة للقاعدة القانونية التي يحس بوجودها جمهور ضمائر الافراد.

فنحن ننطلق من واقع وجود النظام الدستوري لنفهم طبيعة القانون الوضعي، بينما ينطلق العميد دكي من القاعدة القانونية الموضوعية، التي هي محل شك من حيث وجودها.

في الواقع ان الحاكم يستمد من النظام الدستوري مكنة التصرف التي اجازها بعد ان اشترط ارادة معينة او موصوفة. وارادة "الحاكم" ستفرض على ارادات الافراد بفضل ذلك.

لذلك فإن قول العميد دكي بأن الـ(٩٠٠)شخص الذين يكونون البرلمان الفرنسي لا يمكن ان يوجهوا اليه امراً، يفتقر الى الواقعية، لان هؤلاء الاشخاص لا يتصرفون بصفتهم افراداً بل بصفتهم اعضاء في هيئة مؤهلة دستورياً، لوضع قواعد سلوك: قواعد قانونية.

فليست ارادتهم هي التي تفرض بل قرار هيئة مؤهلة لان تصدر مثل هذا القرار. اما اذا اتبعنا منطق العميد دكي وهو ان القانون الوضعي لا يفرض على المواطنين إلا اذا كان تعبيراً او تحقيقاً للقاعدة القانونية، فإن كل فرد في المجتمع سيتمسك بهذا الدفع ويرفض طاعة القانون بحجة انه لا يتوافق مع القاعدة القانونية التي من الصعب تحديد وجودها وابعادها ومضامينها.

وفي آخر المطاف فإن السؤال المهم، من الناحية القانونية، هو اين نجد قواعد السلوك الملزمة اي اين نجد القانون كل القانون؟ والجواب عن ذلك هو اننا نجد القانون في القانون الوضعي، في القاعدة القانونية الوضعية وبالتالي فإن القانون الوضعي هو المصدر الوحيد للقانون. فلا قانون غير القانون الوضعي وهو في حد ذاته مصدر للقانون. واذا كان الامر كذلك، فلا يمكن ان يوجد اذن في الدولة، في المجتمع "ازدواجية قانونية": قاعدة قانونية وضعية واخرى تلقائية (موضوعية) هي نتاج الضمائر الفردية. فالمشرع يقيم القانون الوضعي والطاعة، إن صح التعبير، تكون للقانون الوضعي بصفته هذه.

§- طبيعة القانون الوضعي

١٩٤ - القانون الوضعي تعبير عن الإرادة العليا

ان ما يميز القانون الوضعي وبالتالي يحدد تعريفه هو اصله وليس مضمونه او موضوعه ولا حتى

الشكل الذي يأخذه. وأصل القانون الوضعي يتحدد بالهيئة التي تقيمه او تضعه، وهذه الهيئة تحتل، في الغالب، ان لم يكن دائماً، قمة هرم "السلطات" في الدولة. فما تصدره من اوامر وقرارات يُفرض على طاعة واحترام كل الافراد والهيئات الاخرى في الدولة، سواء كان مضمون هذا الأمر او القرار، الذي نسميه القانون (الوضعي)، قاعدة عامة تخص حقوق الافراد او تنصب على حالة خاصة. فالقواعد او القرارات التي تضعها هذه الهيئة، وهي الهيئة التشريعية، تحتل، بعد الدستور، قمة القواعد القانونية في الدولة. وعليه فإن الهيئات او السلطات الاخرى في الدولة ملزمة بتنفيذ القانون الذي تضعه الهيئة التشريعية، كما لا يمكنها ان تضع قراراً او قاعدة يمكن ان تخالف هذا القانون لذا فإن ارادة المشرع هي التي تسبغ على النص او النصوص التي يتضمنها القانون الوضعي، قوة عليا سواء كان هذا النص قاعدة عامة أم نصاً خاصاً. وان هذا النص يتوقف، وجوداً او عدماً، على ارادة المشرع فقط اي على ارادة الهيئة التشريعية. نعم ان القوانين الوضعية تتضمن، في الغالب، قواعد عامة لتنظيم علاقات الافراد، إلا ان ذلك لا يمنع من ان يتضمن القانون الوضعي معالجة حالة خاصة او فردية ويبقى ما يضعه المشرع او الهيئة التشريعية قانوناً بالمعنى الدقيق للكلمة: لأنه يتضمن امراً ولأنه صادر عن الهيئة المختصة (وفق الدستور) بتشريع او وضع القوانين[1].

ولما كانت القوانين الوضعية خير وسيلة للحكم، فإن الهيئة التشريعية هي الهيئة الحاكمة في الدولة. فخير تعبير عن ممارسة السلطة في الدولة، من قبل القابضين عليها، هو وضع قواعد ملزمة، عامة كانت ام فردية وهي القوانين. وهذه الحقيقة تؤكد ان القانون الوضعي هو اختيار سياسي اولاً وقبل كل شيء. وان الحكام يستطيعون، بما يضعونه من قوانين، ان ينظموا اية مسألة تستحق التنظيم في المجتمع، اي ان المشرع يستطيع، عن طريق القانون الذي يضعه، ان ينظم سواء بقواعد أم نصوص عامة أم خاصة، اي موضوع بصورة اصلية. وعليه فإن قوة القانون الوضعي تأتي من اصله الذي هو التعبير عن ارادة الهيئة التشريعية التي هي اعلى هيئة في الدولة.

فالقانون الوضعي هو التعبير عن الارادة العليا في الدولة او عن ارادة الهيئة العليا في الدولة. فعلوية القانون او علوية النصوص التي يتضمنها القانون الوضعي ترجع الى انها من عمل سلطة تهيمن على كل السلطات في الدولة.

١٩٥ ـ القانون الوضعي واحد في مفهومه

ان فكرة القانون الوضعي تقوم اساساً على فكرة الفصل بين السلطات. إلا ان المراد بالفصل بين السلطات هنا هو الفصل بين الهيئات التي تمارس السلطة في الدولة وهو فصل عمودي او

---

[1] وهذه الهيئة ليست اعلى هيئة في الدولة، لان الدستور اراد ذلك، بل لأنها الاكثر هيمنة من الناحية السياسية لتكون الاقوى او الاعلى من الناحية لقانونية، فالدستور يكرس واقع القوى السياسية في المجتمع والتي يكون لها بحكم هذا الواقع، ومن ثم بحكم البناء الدستوري، الكلمة العليا في ممارسة لسلطة، بمعنى اصدار القوانين بالدرجة الاولى. فالبرلمان، في ظل الجمهورية الثالثة الفرنسية، لانه يمثل كل الامة كما يعتقد في ظل نظرية التمثيل لسياسي، اعلى هيئة في الدولة وبالتالي يضع اعلى القواعد في النظام القانوني السائد آنذاك. فالقانون حين يعبر عن الارادة العامة، فإنه يعبر في لحقيقة عن الارادة العليا في الدولة التي هي ارادة البرلمان الذي فيه تتجسد ارادة كل الشعب، من الناحية النظرية او القانونية، وتتجسد فيه ارادة البرلمانيين من الناحية السوسيولوجية او السياسية.

متدرج لهذه الهيئات وليس فصلاً افقياً للسلطات او الهيئات. ففكرة القانون الوضعي تقوم، إذن، على الفصل المتدرج او العمودي للسلطات او الهيئات التي تمارس السلطة في الدولة، وهي تمارسها عن طريق وضع قواعد قانونية عامة او خاصة تحتل موقعاً معيناً في هرم القواعد القانونية في الدولة. فقوة وعلوية القانون الوضعي لا تأتي، اذن، من مضمونه ولا من شكله، بل من الهيئة التي تضعه. صحيح ان الهيئة التشريعية، التي تضع القانون، تتبع اجراءات معينة في صنعه يحددها الدستور. إلا انه ليس صحيحاً القول بأن القانون الوضعي مدين بعلويته وقوته الى شكله بحيث ليس هناك الا مفهوم شكلي للقانون الوضعي. في الحقيقة ان هذه الاجراءات او الشكليات تنظم طريقة اسهام القابضين على السلطة في ممارستها التي تتبلور، على احسن وجه، في وضع القوانين. فما يميز القانون الوضعي ويعطيه سمته الحقيقية وعلويته هو كونه التعبير عن ارادة الهيئة العليا في الدولة وهي المشرع او الهيئة التشريعية وبالتالي فهو ليس بمدين بهذه العلوية الى الشكلية التي اتبعت في صنعه او اقامته. والدليل على ذلك ان هذه الاجراءات اذا ما خرقت، او لم تتبع كما يجب، فإن ما تضعه الهيئة التشريعية يبقى قانوناً مع هذا واجب التنفيذ والطاعة خاصة في البلدان التي تفتقر الى الرقابة على دستورية القوانين.

"...في البلدان ذات الدستور الجامد، يقول الاستاذ دابا، التي ليس لديها قضاة يضمنون بصورة ناجعة دستورية القوانين، فإن المشرع الاعتيادي قادر في الواقع على ان يخرق الدستور"(١).

بناء عليه فإن وحدة مفهوم القانون الوضعي تفرض نفسها ومن ثم فإنه ليس من الصحيح تجزئة مفهوم القانون الوضعي الى مفهوم مادي ومفهوم شكلي.

§٤-عدالة القانون الوضعي

١٩٦ - طـــرح المشـــكلة

ان ما قدمناه عن اقامة وتعريف القانون الوضعي قد يكون كافياً لاعطاء فكرة واضحة عن هذا القانون الذي تضعه السلطة السياسية. والوقوف عند هذا الحد هو ما يقضي به المنهج العلمي: اقرار الوقائع دون اعطاء حكم قيمي عنها. ولكن هناك من لا يكتفي بهذا و يريد ان يّقيم القانون الوضعي ولا يكتفي بفائدته. وهذا التقييم قد ارتبط تأريخياً بعلاقة القانون الوضعي بالعدالة اي: مدى تحقيق القانون الوضعي للعدالة.

وقبل ان يتصدى الفقهاء الى هذه المسألة، فقد وقف عندها الفلاسفة والاخلاقيون والادباء. ففي فرنسا شكك "مونتين" و"باسكال" في تحقيق القانون للعدالة، وشكك، في العصر الحديث، اناتول فرانس قائلاً ان "...القوانين مفيدة، لكنها ليست عادلة مطلقاً، ولا يمكن ان تكون كذلك"(٢).

---

(١) دابا: النظرية العامة للقانون، ص٥٠،وانظر ص٦٤من الطبعة الثالثة.

(٢) انظر: ريبير، القوى الخلاقة للقانون، ص٤١١.

اما الفقهاء فقد نادى البعض منهم بوجود القانون الطبيعي لما يسهل عليهم ادانة احكام القانون الوضعي في هذا المجال. ولكن حين يتسنى لهم النصح او تقديم البديل الى القابضين على السلطة، فليس لديهم ما يقدمونه غير القول بأن القانون الطبيعي يحقق "الخير العام".

إلا ان القانون الطبيعي لا يتمتع بوجود موضوعي والمثل الاعلى الذي يطرحه علينا هو مثلنا الاعلى نحن الذين نضعه في مقابل القانون الوضعي.

وكما لاحظ العميد ريبير فإنه من المؤكد على ما يظهر ان القانون الطبيعي والبحث عن الخير العام، لا يحظيان باهتمام المشرعين، فهم يمثلون المصالح الخاصة ويعطون أذناً صاغية لإيحاءات ناخبيهم ويشاركوهم في اندفاعاتهم الايديولوجية[(١)].

ويضيف العميد ريبير قوله: "ان الحكم الذي نعطيه عن عدالة او عدم عدالة قانون هو حكم شخصي، وحتى اذا شارك في ذلك عدد كبير من الاشخاص، فسوف لا تكون له قيمة اكبر: فلا نقرر، بالاغلبية، ما هو عادل وغير عادل"[(٢)].

ولكل انسان رغباته ونزعاته وطموحاته المشروعة وغير المشروعة. لذلك كان تنازع الانسان مع "اخيه" الانسان سمة الحياة في المجتمع. ولتجاوز هذا التناقض، ابتدع الانسان القانون مبتغياً بذلك تحقيق الانسجام او نقول العدالة، بين الانسان والانسان، فقد فكر بان قواعد سلوك اجتماعية يضعها يمكن ان تحل هذا التناقض محققة نوعاً من التوافق والانسجام في خصومة الانسان مع الانسان.

ولاعطاء موضوع عدالة القانون الوضعي حقه يتوجب الوقوف، اولاً، عند فكرة العدالة، ثم التساؤل عن معناها او محملها في اطار المذهب الليبرالي بمعنى البحث عن الحرية والعدالة. واخيراً، وهو الاهم، يقتضي تحديد موقف القضاء من العدالة، بمعنى كيف يحقق القضاء العدالة في تطبيقه للقانون، فطالما وُصف اللجوء اليه بأنه لجوء الى العدالة.

١٩٧ ـ فكرة العدالة

يمكن القول ان الشعور بالعدالة قديم عند الانسان وبقي كذلك عبر القرون. ولا يهم ان يكون هذا الشعور فطرياً او مكتسباً: فهو موجود.

ففي كل زمان، وفي كل مجتمع توجد لدى الافراد فكرة عما هو عادل وعما هو غير عادل. وقد تتغير هذه الفكرة وتتنوع، إلا ان الشعور بالعدالة يبقى دائماً في النفس البشرية، فنجد هذا الشعور بالعدالة في كل الازمنة وفي كل الحضارات مهما اختلفت، وعند كل البشر مهما تنوعت ثقافاتهم وشرائحهم الاجتماعية.

والانسان العصري يفتخر بأنه يمتلك هذا الشعور ويعمل على احترامه بالقانون. واذا كان الشعور بالعدالة "طبيعياً" عند الانسان، عندها نسأل: ما هي "العدالة" في الحقيقة؟

بر: القوى الخلاقة للقانون، ص٤١٢.

بر: القوى الخلاقة للقانون، ص٤١٣.

في البداية [illegible] المذاهب القانونية والفكرية، فإنها ليست بعيدة الواحدة عن الاخرى بصدد فكرة العدالة.

فأنصار القانون الطبيعي اقتنعوا بالتدريج بأن القانون يتطور عبر الزمن ويختلف وفقاً للبلدان، وتوصلوا الى رده الى فكرة العدالة. والوضعيون اقروا بأن عادات الشعوب تضمنت فكرة العدالة. اما الاشتراكيون، الذين يبغون التغيير الاجتماعي وينادون بضرورته، فإنهم يريدون المزيد من العدالة.

لكن يبقى تعريف العدالة مطروحاً. ويرى العميد ريبير ان العدالة كلمة مجردة، واذا كنا بصدد معرفة المؤسسات والقواعد التي تتوافق مع العدالة، فلا اتفاق حول ذلك. واذا حاولنا تقديم تعريف عام للعدالة فلا يسهم الجميع به. وعدم التيقن هذا، يمكننا من القول ان كل قانون يتوافق مع العدالة اذا استوفى الشروط الصحيحة المطلوبة لإقامته، لأنه ما دام عاماً فهو يحترم المساواة وان اكبر الفلاسفة يرجعون العدالة الى المساواة(1).

وحين نبحث عن العدالة فإننا لا نريد العدالة المجردة اي العدالة في ذاتها. فليس للعدالة وجود موضوعي، فهي لا توجد لذاتها وبذاتها، بل هي تصور انساني فرضته معطيات اجتماعية معينة. فالعدالة تصور او فكرة يفرضها الوجود الاجتماعي. فمن خلال وجود الانسان في المجتمع، تكونت لديه عن تصرف الانسان وعن الانسان، فكرة التصرف العادل والانسان العادل. فالعدالة اذن فكرة يفرضها عيش الانسان في المجتمع، وهي فكرة اجتماعية ان صح التعبير.

واذا كانت العدالة تدرك من خلال المجتمع او، بعبارة ادق، من خلال تنظيم المجتمع اي من خلال القانون، فإن هناك علاقة اكيدة بين القانون والعدالة. عندها يجب ان ننظر الى العدالة من خلال القانون وننظر الى القانون من خلال العدالة.

والعدالة، في معناها العام، الشمولي، هي الانسجام والتوافق بين الانسان والمجتمع وبين الانسان والانسان. ولم تخرج فكرة العدالة التي اقامها ارسطو وعلماء اللاهوت عن هذا التصور. فهم يقولون ان العدالة، اولاً، تقضي بأن كل فرد يجب ان يحتل موقعاً في المجتمع يتناسب مع الدور الذي يقوم به ومع الخدمات التي يقدمها، كما تتضمن العدالة، ثانياً، المساواة قدر الامكان بين القيم والخدمات المتبادلة بين الافراد. ففي "العدالة التوزيعية" هناك ضرورة لتحقيق الانسجام بين الفرد والمجتمع بحيث يتناسب ما يعود عليه مع ما يقدمه الى المجتمع. وفي "العدالة التبادلية" فإن التساوي في تبادل القيم والخدمات بين الافراد، معناه تحقيق التوافق والانسجام بين الانسان والانسان طرفي العلاقة. فالعدالة انسجام وتوافق وهي ذات بعد اجتماعي وفردي تمليه طبيعة الانسان الفردية والاجتماعية في ذات الوقت.

إلا ان العدالة تبقى في اساسها وفي جوهرها "عدالة وضعية" اي في علاقتها بالقانون الوضعي. فالعدالة وتحقيقها يتم في المجتمع من خلال معطياته وتنظيماته التي تحكمها الاختيارات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للدولة.

---

(1) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٤١٤.

وهذه الاختيارات تفرض نظاما اجتماعيا وسياسيا معيناً وبالتالي تنظيماً قانونياً معيناً. وعليه فإن القانون الوضعي الذي هو دليل اساس لتنظيم حياتنا في المجتمع لا يمكن إلا ان يحقق العدالة. فلا يمكن تصور، بشكل معقول، ان قانوناً يفرض على الافراد تصرفات غير عادلة. لكن، كما لاحظ العميد ريبير، يمكن ان تحدث لاعدالة في بعض الحالات نتيجة لتطبيق قاعدة مجردة: وهذا هو ثمن عمومية القانون. واذا كان من الصعب التوقع مسبقاً من سيستفيد او يتضرر من القاعدة القانونية، فإن التعادل بين الضرر والاستفادة يمكن ان يتم مع ذلك. فالتقادم، مثلاً، غير عادل حين يجرد صاحب الحق، وهو عادل حين يحمي وضعاً اقيم منذ مدة طويلة[1].

١٩٨ ـ الحرية والعدالة

في المذهب الليبرالي يوجد ارتباط وثيق بين الحرية والعدالة. وهذا الارتباط بينهما يمر عبر القانون الوضعي. والعدالة، في جانبها الانساني، هي الاخلاق. فلا عدالة بدون اخلاق او قيم اخلاقية.

ويترتب على هذه المسلمات عدد من النتائج المنطقية التي تبناها ودافع عنها الاتجاه الليبرالي. فقد قيل ان كل قانون يتوافق مع روح العدالة حين يقيم علاقات مسالمة (ونقول انسانية) بين الافراد. وان القانون الوضعي هو "...المرشد لدربنا الانساني والمصحح لنزعاتنا الضارة".

فالقانون، في هذا التصور، سيحدد مساحة ما هو ممنوع ويضمن الأمن للتصرفات الصحيحة حين لا يمس الحرية الانسانية ويقتصر على ردع الافعال المذنبة او الخطرة..

وحين يوسع القانون ميدان الحلال، فإنه سيمكن كل فرد من ان يتصرف وفق ضميره ويدع الاخلاق تقوم بدورها الكامل.

ولذلك قيل انه "من الصعب ان تجد قانوناً ليبرالياً لا يكون قانوناً عادلاً، لان مثل هذا القانون يمكّن الافراد من التصرف وفق متطلبات الاخلاق".

ووفقاً لهذا المنطق، فإن حرية الافراد، او بعبارة ادق ارادة الافراد تفضل ارادة المشرع، ويفضل العقد القانون. ففي الحرية عدالة و"من يقل تعاقد يقل عدالة"[2].

كذلك لا يمكن ان نسم قانوناً بأنه غير عادل حين يمنح الحرية. ويكون غير عادل حين يضيق بالنسبة للكل وغالباً للبعض، مبدأ الحرية الفردية. وهذا ما يتوافق مع اعلان حقوق الانسان التي عاش عليها القرن التاسع عشر في فرنسا.

ونلاحظ ان اساس المذهب الليبرالي يقوم على ان "الحرية" في جوهر الانسان، فالحرية ملازمة لطبيعة الانسان وبالتالي تسبق في وجودها اية اعتبارات اخرى.

فالقانون لا يعدو، عند ذاك، إلا صيغة من شأنها الحفاظ على الحريات "الطبيعية" التي يملكها الانسان او التوفيق بين هذه الحريات ومتطلبات وجود المجتمع. فغاية القانون ستكون

---

[1] ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٤١٤-٤١٥.

[2] وقد سخر البعض من هذا القول لأن عدم العدالة تجد مكانها في عدم المساواة في الالتزامات التعاقدية. الا ان العميد ريبير، يرى ان هذا الاعتراض غير وارد، لان الفيلسوف صاحب المقولة لا ينكر وجود عقود غير عادلة، الا انه يؤكد فقط ان العقد الذي يقيم علاقات ارادية، لا يمكن ان يكون في ذاته غير عادل. (ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص٤١٦).

الحفاظ على الحرية [illegible] لطبيعة الانسان والتي تفرض بشكل مسبق على اي تنظيم سياسي او اجتماعي.

غير انه ظهر ان الحرية باعتبارها صفة ملازمة للطبيعة الانسانية ليست إلا "امتيازاً عقيماً" ما دام الفرد لا يستطيع ان يتمتع بها فعلاً وحقيقة.

ولذلك ظهر الاتجاه بعدم اخضاع السلطة لحرية تسبقها في الوجود، وانما ان نجعل من السلطة اداة لايجاد حرية فعلية. ولهذا فقد طرحت مسألة اعادة النظر في مفهوم الحرية وان تفسيراً جديداً للحرية بدأ في الظهور. فقد اصبح التناقض واضحاً بين مفهوم الحرية على انها ملازمة لجوهر الانسان وبين العبودية اليومية التي يفرضها وجود الانسان. فلم تعد الحرية معطية سابقة الوجود تجب حمايتها، بل هي مكنة يجب الحصول عليها. وكل هذا يجد تعبيره في "حقوق الانسان" لكن بقراءة جديدة لهذه الحقوق. فحقوق الانسان كما سُطرت في اعلان ١٧٨٩ كانت في الحقيقة امكانات ملازمة للفرد ويعود له وحده استغلالها. وحيث ان هذه الحقوق "لا تخرق"، لذا فإن الدولة تميل الى عدم التدخل حمايةً للحريات.

إلا ان هذه الحقوق اصبحت "مطلباً" وبالتالي فإن مضمونها سيحدد وفقاً لحاجات سيكون الاعلان بمثابة التكريس "القانوني" لها. وعليه فإن حقوق الانسان لم تعد، في هذا التصور تحديداً لمكنة يملكها الانسان اصلاً او حماية لامتيازات يتمتع بها، بل تحديداً لضرورة اذا لم تتحقق فإنها ستحول دون بلوغ الانسان كامل كينونته. فالحق اصبح يتطابق مع حد ادنى حيوي لحاجات الانسان المادية و"الروحية". وهذه "الحقوق" في تفسيرها الجديد او في قراءتها الجديدة هي حقوق اجتماعية اُعترف بها ليس لـ"كائن مجرد" بل لـ"كائن ملموس" اي لإنسان في وضع اجتماعي واقتصادي وتمثل دائنية الفرد على المجتمع. ولما كانت الحقوق الفردية تتصدر اعلانات الحقوق بعد ثورة ١٧٨٩، فإن الحقوق الاجتماعية تتصدر اليوم الدساتير المعاصرة. فديباجة دستور١٩٤٦ الفرنسي (التي أُكدت في دستور١٩٥٨)، على سبيل المثال، تعلن هذه الحقوق الاجتماعية تحت عنوان: "المبادئ السياسية، الاقتصادية والاجتماعية الضرورية لعصرنا".

والفرق بين هذه "الحقوق الجديدة" والحقوق القديمة (التي تضمنتها اعلانات الحقوق والدساتير بعد عام١٧٨٩) هو فرق بين "الحق في الكينونة" الذي يميز الحقوق القديمة و"الحق في الحصول" الذي يحدد الحقوق الجديدة.

لذلك فإن الحقوق الفردية استهدفت "الانسان المجرد"، بينما المتطلبات التي تعبر عنها الحقوق الاجتماعية طرحت شروط وجود "الانسان الحقيقي".

١٩٩ ـ القضاء والعدالة

العلاقة وثيقة وتكاد تكون مصيرية بين القضاء والعدالة والقانون. فتشكيلات الدولة المكلفة بتطبيق القانون يطلق عليها، في التعبير الجاري، العدالة. واللجوء الى المحاكم يعني اللجوء الى العدالة، فالمحاكم هي "دور العدالة"، وهكذا كانت التسمية في العراق منذ بداية الربع الاخير من القرن العشرين.

وإذا كانت العدالة لا تتحقق إلا عن طريق القضاء، فإن القضاء لا يحقق العدالة إلا عن طريق القانون. فتحقيق العدالة يرتبط، اذن، ارتباطاً اساساً بالقضاء ودوره في تطبيق القانون. لكن كيف يحقق القاضي في احكامه وقراراته، العدالة، اي كيف يحقق القاضي العدالة من خلال تطبيق القانون او كيف يكون التطبيق العادل للقانون؟ تلك هي المسألة الاساس التي يجب الوقوف عندها.

ان الوصول الى تحقيق العدالة يكون انطلاقاً من القانون الوضعي، وهذه العدالة لا يمكن ان تكون غير "عدالة وضعية" لأنها تستند الى القانون الوضعي لمعالجة القضايا المطروحة. فالعدالة الوضعية تعني اذن، تحقيق العدالة من خلال تطبيق القانون الوضعي. وعليه فإن القضاء لا يطبق القوانين فحسب وانما يحقق العدالة من خلال تطبيق القوانين. فالتطبيق العادل للقوانين هو المهمة الاساس للقضاء: لكن كيف يتم ذلك؟ هل يطبق القانون كفاية في ذاته كما هو او كما تضمنته التشريعات والمدونات، لأن القانون الوضعي هو دائماً قانون عادل، وبالتالي فإن تطبيقه يحقق العدالة دائماً؟

عندها لكي تتحقق العدالة الا يكفي ان يطبق القانون الوضعي، لأنه يمثل "قمة الحكمة" كما قيل، ام ان القضاء يجب ان يتحرر من "عبادة النص" ويطبق القانون تطبيقاً هادفاً لتحقيق العدالة؟ والجواب هو: ان القضاء لكي يحقق العدالة في تطبيقه للقانون، يجب ان يعطي القانون بعده الحقيقي الاجتماعي والاقتصادي اي بعده الانساني. فالقانون هو للانسان ومن وضع الانسان، فحين يعالج مشاكل الانسان لا يمكن ان يفقد، عند تطبيقه من قبل القاضي، بعده الانساني. فالقاضي في تعامله مع مشاكل الناس يستند الى القانون لكي يحقق العدالة في احكامه، وذلك عن طريق التقاط الجوهر الانساني للقضايا المطروحة. هذا يعني ان على القاضي ان يضع القضايا التي ينظرها في بعدها الانساني الحقيقي، الاجتماعي والاقتصادي والثقافي والنفسي ليدرك بعد العلاقة، ثم بعد المشكلة محاولاً حلها متكئاً على القانون ومنطلقاً من الواقع الانساني للعلاقة القانونية، ليكون حكمه انسانياً اي حكماً عادلاً. فمعالجة ما تثيره العلاقة القانونية من مشاكل بسبب تنفيذها او عدم تنفيذها، لا يمكن ان تكون مجردة او بمعزل عن الواقع الاقتصادي والاجتماعي والنفسي لاطراف القضية، وعلى القاضي ان يفهم ذلك كله، ثم يستند بعد ذلك الى القانون لكي يصدر حكماً او قراراً عادلاً. فالقانون يجب ان لا يطبق تطبيقاً آلياً، والا نكون قد جردنا القانون من بعده الانساني (وهو اصلاً وضع للانسان) وجردنا القاضي من حكمه او قراره الانساني اي العادل. فالعدالة هي عدالة ملموسة تستند اولاً الى معرفة واقع انساني بكل ابعاده، والى معرفة النص القانوني المناسب بعد ذلك ليحكم القضية المطروحة اي العلاقة الانسانية ذات البعد القانوني. فالتطبيق الملموس، الانساني، للقانون، هذا ما يجب ان يقوم به القاضي لكي يستطيع ان يقول القرار العادل.

وتحقيق العدالة في حسم القضايا المعروضة على القضاء، يحتاج، كما رأينا، الى سند من القانون، لان القرار القضائي يجب ان يستند الى القانون، بحيث ان القانون هو الذي يطبق من خلال الحكم، وان القضاء يكون بمثابة من اختار النص القانوني المناسب لحل المشكلة المطروحة

عليه. غير [illegible] ان يتوقع في نصوص القانون جميع الحلول لجميع المشاكل. فالحياة بمستوياتها المتعددة الاجتماعية والاقتصادية، معقدة متطورة. لذلك فإن المشرع يكتفي، عادة، بوضع الاطار العام للحياة الاقتصادية والاجتماعية، لأنه لن يدخل ولا يمكن ان يدخل في تفاصيل الحياة اليومية.

الا ان القاضي مرغم على قول القانون فيما يعرض عليه من امور الناس. وقد يكون نص القانون غير مستوعب للوقائع المعروضة وربما لم ينظم مثل هذه الوقائع. لذا فإن على القاضي ان يكمل "الفجوة" الموجودة (والتي توجد دائماً) في القانون او النظام القانوني عن طريق اجتهاده او مسعاه في تطبيق النص القانوني الملائم او تحديد محمل نص موجود. هذا يعني ان القاضي يفسر القانون ولا يمكنه إلا ان يفسر القانون ليحدد محمل القاعدة القانونية ومدى وكيفية انطباقها على الوقائع المعروضة عليه.

فالقضاء في عمله اليومي المستمر يفسر القانون اي يحدد معنى ومحمل القاعدة القانونية لكي تحكم الوقائع المعروضة امامه. فهو اذن يجتهد مفضلاً هذا المنحى او هذا المحمل او ذاك للقاعدة القانونية.

والقانون هو التعبير عن "الارادة العامة"، اي انه تعبير عن حاجات الانسان في المجتمع. فلكي نفهم القانون لنستند اليه محققين العدالة، علينا اذن ان نفهم جوهر العلاقات الاجتماعية التي تعرض على القضاء لنقول "القانون العادل" في ضوء الواقع الاجتماعي وواقع العلاقة الاجتماعية ونحقق بالتالي العدالة من خلال القانون ومن خلال الفهم "العادل" للقاعدة القانونية. فدولة القانون، ونقول مجتمع القانون، تعني دولة العدالة، مجتمع العدالة.

فالقانون وان استقى مصادره من المجتمع وحاجاته، فإنه لا يعطي بعده الحقيقي ومعناه إلا من خلال تطبيقه "العادل". فحوار القاضي مع النص هو حوار مع المجتمع في عاداته وتقاليده وحاجاته وطموحاته وتناقضاته، حوار من شأنه تحقيق الانسجام والتوافق بين مصالح ونزعات الافراد المتناقضة التي اراد القانون ان يضع لها اطاراً عاماً، وفي الغالب جامداً، يعجز في كثير من الاحيان عن ملاحقة المسيرة الدائمة والمتغيرة والمعقدة للعلاقات الاجتماعية.

ولما كانت القوانين والتشريعات هي نتاج ارادة السلطة السياسية، فهي اختيارات سياسية اولاً وقبل كل شيء. لذا فإن لكل نظام سياسي نظامه القانوني، فلا يمكن ان يكون النظام السياسي في بلد ما اشتراكياً ونظامه القانوني رأسمالياً، والعكس صحيح.

وحيث ان مهمة القضاء هي تطبيق القواعد العامة التي يضعها المشرع اي القوانين، وهي اختيارات اقتصادية واجتماعية تحكمها وحدة الرؤية السياسية للدولة، ولما كان تحقيق العدالة يستند الى هذه القوانين وينطلق من فهم وادراك هذه القوانين، فإن تطبيق القضاء للقانون وبالتالي تحقيقه للعدالة لا يمكن ان يكون بمعزل عن النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي القائم وعن فهم اسسه واتجاهاته. لذا كانت ثقافة القاضي القانونية والاجتماعية والسياسية مطلباً لتحقيق العدالة، فالقانون اختيار سياسي، والقانون اساس العدالة، فلكي نفهم القانون وبه نحقق العدالة، يجب ان ندرك مقاصد المشرع صاحب السلطة. والسياسة بعد هذا كل ما تعلق

بحياة المجتمع والدولة، ومن ثم فإنك لا يمكن ان تحقق العدالة، اي ان تعطي القانون بعده العادل في علاقة اجتماعية مختلة، دون ان تلم بمسيرة المجتمع وفلسفة الدولة.

الفصل الرابع
أزمـة القانـون الوضعـي

٢٠٠. توطئة

ان القوة التي يتمتع بها القانون الوضعي والانفراد الذي يعود له بالتعبير عن القانون كل القانون، والهيبة التي له في نفوس الافراد، لم تكن مجرد خيال او تصور، وانما تستجيب لواقع اجتماعي واقتصادي وفكري لمرحلة تأريخية معينة. اما اليوم فإن النظرة الى القانون قد تغيرت وتغير بالتالي معنى ومفهوم ودور القانون الوضعي، الأمر الذي يدعونا الى الكلام عن "ازمة القانون الوضعي".

وقد كان القانون الوضعي، وهو الآن كذلك، اداة سياسية واختياراً سياسياً لا يمكن ان يكون الشعب في معزل عن ذلك. لذلك وُجد الارتباط بين فكرة القانون الوضعي وممارسة الشعب، بشكل او بآخر، للسلطة مما أثر في فكرة القانون الوضعي ذاتها. وهذا ما يؤكد، مرة اخرى، العلاقة بين القانون والسياسة وان الكثير من المسائل القانونية لا يمكن ادراكها جيداً دون الاستعانة بعلم السياسة: علم السلطة.

واذا عدنا الى الماضي لرأينا ان سلطة اقامة القانون كانت محور الصراع السياسي، وان القانون الذي يقيمه ممثلو الشعب (البرلمان) كان رمزاً لانتصار الديموقراطية. إلا ان هذه الهيبة التي تمتع بها القانون الوضعي هي "ذات طبيعة عاطفية. وهو مدين بها الى ماضيه المجيد اكثر من مدلوله الحاضر. واذا كانت المخططات الدستورية بقيت وفية للنموذج الذي اقيم في المرحلة التي كان فيها القانون الوضعي عملاً سياسياً بالدرجة الاولى، فإن التجربة المعاشة لا تهتم كثيراً بالتدرج الذي تقيمه بين الهيئات وبالعلوية التي نسبتها الى القانون"[1].

وعلة ذلك هي ان الايديولوجية التي احاطت بالقانون لتؤكد قوته وجلاله، كانت وليدة ظروف فكرية واجتماعية لزمن تم تجاوزه.

فالمطلب الديموقراطي اليوم تجاوز المطالبة بسلطة اقامة القانون، والشعب يعتقد بأنه حين يكون المسيطر على المادة التشريعية، فإن سيادته ستكون ناجعة.

فعظمة القانون قد اقيمت على الحرية السياسية، لذلك فإنها لم تدم بعد ان تبين ان "هذه الحرية ليست دائماً محررة".

---

(١) بردو: المطول، ج٨، ص٤٥٢.

ولم تعد الاحكام التي يتضمنها القانون تعبر عن اوامر خالدة وعالمية اساسها العقل الثابت في حين ان صفته المتغيرة زعزعت سلطانه.

والقانون لم يعد يقام اليوم في جمعية بعيدة عما يدور في دنيانا، فالسلطة التي تضعه تخضع لمتغيرات الرأي العام والى نوع المجتمع الذي تسجل متطلباته. فبدلاً من سلطة قادرة على ان تفرض ارادتها على مجتمع، حل حكام جد منغمسين في صعوبات الحياة اليومية. "فالسلطة في مجتمع العصر الجديد لا تعيد صنع المجتمع، بل ادارته، وفي هذه المهمة الادارية فإن هناك اجراءات اخرى مؤهلة اكثر من القانون"[١].

والوقوف عند هذه المعطيات يساعدنا على ادراك ابعاد "ازمة القانون الوضعي".

١§. تحول في فكرة القانون الوضعي

٢٠١. في معنى القانون الوضعي

في الفلسفة التي سادت في القرن الثامن عشر الفرنسي يعتبر القانون الوضعي تحقيقاً لقاعدة سابقة الوجود يتوجب استخلاص وصياغة مضمونها بدقة وجدارة لتفرض على ادراك المواطنين. وهذا يعني ان القانون الوضعي، في الرؤية التقليدية، لا يخلق وبالتالي لا يتضمن اية فكرة مجددة، فهو يسبق ارادة البشر ويتوجب اكتشاف جوهره المتواجد في العقل، في الضمير، في القواعد غير المكتوبة التي تحكم مصير الانسانية. وبهذا المعنى للقانون الوضعي فإن الافراد غير قادرين على اعادة صياغة العالم وفقاً لرؤاهم او نزعاتهم. اما اليوم فإن القانون له معنى آخر يختلف تماماً عن معناه التقليدي الذي نشأ ووجد اسسه في احضان الفلسفة العقلية الليبرالية.

فالقانون الوضعي يمكن ان يكون حلاً لمشكلة محددة او ان يكون خطة عمل غايتها تغيير النظام الاجتماعي القائم. لذا يمكن القول ان القواعد التي يقيمها لا توجد قبل تبنيه، بل هي نتيجة لنصوصه ومنها تستمد قوتها الملزمة. فالقانون اصبح اداة سياسة واجراء حكومياً، ويترتب على هذا التغيّر في معنى القانون الوضعي نتائج مهمة. فطالما اصبح القانون الوضعي وسيلة لحل مشاكل ملموسة فإنه سيكتسب طابعاً تكنيكياً. ولذات السبب يتنوع القانون لكي يتمكن من التهايؤ مع الاوضاع الملموسة، الامر الذي يؤدي الى غزارة الانتاج التشريعي الذي سيحل محل تلقائية الحركة الاجتماعية، اساساً ارادياً وواعياً للنظام الاجتماعي.

فالقانون الوضعي اصبح يخلق ولا يسجل وبالتالي فإنه سيكرس حتماً اختيارات سياسية: حلولاً او مشاريع. فقيمة القانون ستكون محكومة بقيمة سياسية معينة. وحيث ان السياسات رهينة للظروف، فإن نصوص القانون ستأخذ معناها من هذه الظروف. وحين يصبح القانون، يقول الاستاذ جوسران "مدونة الثروة والظواهر الاقتصادية اكثر من كونه علم ما هو عادل وغير عادل" فإنه يكون قد ربط مصيره بما هو طارئ او متغير[٢].

---

(١) بردو: المطول، ج٨، ص٤٥٣.

(٢) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٤٥٤.٤٥٥.

واذا كان القانون يستجيب او يعالج ضرورة خاصة، فإن سمته ستتأثر حتماً بهذا التوجه وتترك بالتالي اثرها في مفهوم القانون الذي اراد بناءه الفكر التقليدي. فقد اصبح قانون طوارئ، ان صح التعبير، ومن ثم سنكون امام ما يمكن تسميته "طارئية القانون".

وهذه الصفة التي لبسها القانون الوضعي اليوم لها نتائجها التي تنعكس على مفهومه المتوارث الذي ارادته الديموقراطية الليبرالية.

فطارئية القانون، ان صح التعبير، ستبعد عنه صفة العمومية والتجريد. لا شك ان المشرع يحاول ان يضفي على القانون هذه الصفة من العمومية والتجريد، ليحفظ للقانون هيبته السابقة. إلا ان محاولاته هذه هي، في الحقيقة، اقرب الى اعطاء القانون الوضعي هذه المظهرية من ان تكون حقيقة واقعة. فما يشغل المشرع هو معالجة حالات معينة الامر الذي يثقل النص القانوني بالعديد من النتاجات التفصيلية التي يفرضها تعقيد الوقائع، وعندها "يفقد القانون سموه ويثقل باحكام يكون محلها المناسب في قرار قضائي او اداري".

وحين يصبح القانون "حلاً وليس مبدأ لحل"، فإنه سيتأبط المشكلة التي يريد حلها وبالتالي فإنه لم يعد غير شخصي في محمله. ففي فرنسا، مثلاً، كثرت القوانين ذات المعالجات الفردية[١]. والاهم من ذلك كثرة القوانين التي تتعلق باصناف معينة من الاشخاص، بحيث تنوعت بشكل كبير الاوضاع القانونية للافراد بحكم الظروف الفعلية التي يوجدون فيها.

وتفريد الحالات التي يعالجها القانون الوضعي لا يمكن الا ان تترك اثرها في صفة، يعتبرها العديد من الفقهاء، صفة اساسية للقانون وهي: الديمومة.

فلم يعد ممكناً القول (مع احد المسهمين في وضع المدونة المدنية الفرنسية)، بأن لا تمس المدونات إلا بيد مرتجفة، لما لها من ديمومة وقدسية وهيبة.

فلم يعد القانون الوضعي تعبيراً عن عقل ثابت، بل عن حاجات ورغبات فردية وبالتالي فهو يحتضن كل المتغيرات كأن يحمي هذه الفئة او تلك من المزارعين فيقتصر عمره على موسم معين. فهو أن "نظم نشاطاً اقتصادياً فقد اقترن بتقلبات الظرف، وان كرس ظرفاً سياسياً، فقد عاش ما تعيشه اغلبية معينة".

وسمة القانون الوضعي التي رسمتها الظروف التي فرضت عليه طبيعة طارئة او وظيفة معينة، لم تقف عند الحد الذي ذكرناه في خطورتها، بل اصبحت تمس صميم سلطة او تطبيق القانون ذاته.

"فالنص لم يعد يفرض بحكم ما له من قيمة، يقول الاستاذ بردو، وانما بفضل قبوله من الوسط الذي يريد ان يحكمه. (و) اذا رفضه الوسط فلا اثر له". والعديد من القوانين المالية والتجارية تؤيد ذلك. فحين يحتضن القانون متطلبات زمن عابر فإن عليه ان يجد الجو المناسب

---

(١) ومن الطريف ان نذكر ان القانون الصادر في ١٤أيلول١٩٤١ عدل المادة ٣٣١ (فقرة٢) من المدونة المدنية الفرنسية، لكي يتمكن بستاني زوجة الماريشال بيتا، من ان يمنح الشرعية لطفل ولد خارج الزواج.

لتطبيقه، وبالتالي فإن سلطانه سيلحقه عدم الثبات ويبين بوضوح مقدار الهبوط الذي اصاب مفهوم القانون الوضعي[١].

٢§- أفـول القانـون الوضعـي

٢٠٣ . الإجراءات التشريعية التقليدية

ان الاجراءات التشريعية التقليدية التي تتبلور في الاجراءات البرلمانية لإقامة القانون، هي وليدة النظام التمثيلي الليبرالي. ولذلك قيل ان "الاجراءات البرلمانية تكون تكنيكاً تشريعياً ناجحاً حين نكون بصدد اقامة قوانين ضرورية لمجتمع يستند على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج". اما "في ازمنتنا فإن الافراد لا يقلقون كثيراً من وسائل الاجراءات حين يكون اساس النقاش محكوماً باهداف من الواجب تحقيقها"، يجيب هارولد لاسكي.

هذا يعني ان المسائل والقضايا التي طُرحت في القرن التاسع عشر، كان البرلمان مؤهلاً بتشريعاته لأن يعالجها، اما في الأزمنة الحديثة فهو غير قادر على ذلك. لذلك قيل ان "البرلمان يبقى مؤهلاً فقط للنظر في المسائل التي تعود الى القرن التاسع عشر... ولم يعد كذلك بالنسبة لاغلب المسائل التي بدأت الدولة بالاهتمام بها في القرن العشرين". فالصفة الفنية المتزايدة للنصوص القانونية لا تنسجم مع اجراءات المناقشة العامة في البرلمان، ولا مع عدم اختصاص اعضائه، بصورة عامة، في مثل هذه المسائل. والتعددية الحزبية من شأنها ان تؤدي الى المصانعة في التشريع، الامر الذي ينتقص، بشكل او بآخر، من قيمة القاعدة القانونية. كما ان ضغوط فئات المصالح من شأنها ان تجر اعضاء البرلمان الى الدخول في مناقشات تفصيلية، الأمر الذي سيفقد القانون منحاه وسلطته[٢].

وهذا العجز للهيئة التشريعية التقليدية (البرلمان) من شأنه ان يؤدي الى اللجوء الى اجراءات "تشريعية" اخرى من الصعب التسليم بانها تتواءم مع المبدأ الذي قامت عليه الديموقراطية وهو: القانون تعبير عن الارادة العامة. وضمن هذا الوضع او هذه المعطيات اكتفى البرلمان بدور الرقابة على النشاط الحكومي، مما ادى الى ترك المبادرات التشريعية للحكومة بحيث ان القوانين التي يصوت عليها البرلمان قد تم اعدادها بمعرفة اجهزة الحكومة في اغلب الاحيان. "وهكذا يفقد القانون الهيبة التي كان يستمدها من اقامته الكاملة من ممثلي الامة. فلم يعد إلا نصاً بالكاد اكثر رسمية من مرسوم يسجل فيه استسلام البرلمان وليس الارادة التي تغترف مصدرها في السيادة الشعبية"، يقول الاستاذ بردو.

والقانون الوضعي، باعتباره تكنيك تنظيم، لم يعد يتهايأ مع المشاكل التي تطرحها مجتمعات ما بعد التصنيع. لذلك فإن اجراءات تشريعية معقدة، وبالتالي غير تقليدية ظهرت على مسرح حياة

---

١) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٤٥٦-٤٥٧.

٢) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٤٥٨-٤٥٩.

هذه المجتمعات. فلم يعد القانون الوضعي القرار الذي تتجسد فيه ساطة مطلقة. وهذا يتمشى مع ما قيل بأن "الثورة العلمية تؤدي الى عدم فاعلية وسائل الاسهام الشعبي (التمثيل السياسي). فقرارات المستقبل الاساسية لا يمكن ان تطرح على مثل هذه المؤسسات[1].

٢٠٤. الإجراءات التشريعية غير التقليدية

ومن الديموقراطية التمثيلية (التي سادت في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر)، التي كان فيها الدور السياسي للشعب محدوداً، نصل مع العصر الحديث الى ما اصطلح على تسميته الاستاذ بردو: "الديموقراطية الحاكمة La démocratie Gouvernante" وهذه الديموقراطية تقوم على مبدأين اساسين، سيكون لهما اثر مهم في الهيئات التي تضع القواعد القانونية وفي هذه القواعد ذاتها ايضاً.

وهذان المبدآن هما: ان السلطة في الشعب (وتبقى كذلك)، وان الشعب ذو السيادة يوجد في حقيقته السوسيولوجية.

واذا كان الشعب لا يتخلى ابداً عن سلطته، فإن هذا يعني ان الهيئات التي تضع القانون سيكون وضعها محكوماً بموقف الشعب منها. فهذا الشعب بموقفه سيحدد قيمة واهمية هذه الهيئات وليس وضعها الدستوري الذي لم يعد الا شكلياً. اما القواعد القانونية فإن صحتها لا يمكن ان يسلم بها الجميع في مجتمع مقسم حيث يمكن ان تقول بعض الفئات: "القانون نحن"[2].

وهنا الموقف لا يمكن ان يحدث او يمكن ان يتصور حين كان القانون يعتدّ بالتعبير عن الارادة العامة، كما ان تبنيه من ممثلي الأمة لا يعطيه قيمة قانونية، لا جدال فيها، فحسب، بل ايضاً هيبة بحيث ان مناقشة صحته يمكن ان تعتبر تمرداً. لكن من اليوم الذي سُلم فيه بأن الشعب لا يمكن ان تنزع منه سيادته، فإن مقاومة القانون اصبحت ان لم تكن مشروعة فهي على الأقل شرعية. وحيث ان القانون قد سقط في هذا الوضع، وبالتالي فإن نجاعته قد مسها الضر، وحيث ان الحكام لا يجدون في ولايتهم ما يؤهلهم لان يفرضوا ارادتهم (وبالقانون خاصة)، فقد اتجهوا الى البحث عن توافق، مع الفئات الاجتماعية المعنية لكي تكون لقراراتهم سلطة وقيمة، والا بقيت بدون اثر.

لا شك ان هذه الحالة لم تأخذ طابعاً مؤسسياً، فالقرارات التي يتخذها الحكام تبقى في اطار التصنيف التقليدي لها، انما الجديد في الموضوع هو الطريقة التي تحضر بها هذه القرارات من خلال اجراءات تتم بشكل مباشر بالاسهام او التوافق مع الرأي العام.

والرجوع الى الرأي العام، في هذا النوع من الديموقراطية، يترجم في تعميم استشارة او اخذ رأي المحكومين. وهذا الاجراء ليس جديداً بالنسبة للحكام، انما الجديد فيه هو الاعلان الذي اعطي له، الامر الذي ولد الانطباع عند الافراد عن مدى تفاعلهم معه وادراك الاهمية المعطاة لهم في ذلك. وفي هذا المجال تلعب وسائل الاعلام، وخاصة الاذاعة والتلفزيون، دوراً مهماً، فقد أرغمت المناقشات السياسية على أن تأخذ طريق امواج الاثير او الشاشة الصغيرة. ولا خيار للحكام في

(١) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٤٦١.

(٢) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٢٩.

ذلك، فالمستمعون والمشاهدون في انتظارهم ومن يخل بهذا الموعد يضعف مركزه.

فالحقيقة، بالنسبة لملايين الناس، لا توجد إلا من خلال الصوت والصورة. كما يوّلد ذلك القناعة عند الافراد بأنهم قادرون على ادراك المشاكل التي تطرح في المجتمع وان باستطاعتهم الجواب عن ما تثيره من تساؤلات وانهم مؤهلون للاسهام في البحث عن الحلول. ولمعرفة موقف الرأي العام من المشاكل الملموسة التي تهمه، يسعى الحكام الى نوع من الاستفتاء او البيعة اليومية للتحقق من رغبات المحكومين. لذلك فإن ما يهمهم هو ما لهم وما ضدهم عند الافراد، الأمر الذي يفسر اللجوء المتزايد الى اسلوب استطلاعات الرأي والمؤتمرات الصحفية والبيانات الرسمية ومعرفة ما يتمتعون به من شعبية.

ومثل هذه الممارسات لا تتضمن، شكلياً، اي خلل من الناحية الدستورية في ممارسة السلطة، إلا انها تخلق جواً لا يمكن للاجراءات التشريعية التقليدية ان تتلاءم معه[1].

ومن ناحية اخرى فإن الافراد الذين يسألون ويستشارون ويطلب رأيهم باستمرار لا يمكن ان يسلموا بأن يروا رغباتهم او آراءهم تمر عبر وسيط كما في النظام التمثيلي. هذا وان هؤلاء الوسطاء، اعضاء المجالس التمثيلية، يمثلون بفضل الانتخاب اتجاهات سياسية عامة وبالتالي فإن المطالب القطاعية لا تصلهم إلا بشكل غير مباشر. واذا كان القانون الوضعي اكثر حساسية او تأثراً بالامور الطارئة من ذي قبل، فإنه يبقى مع هذا نتاج مصانعة، وان عمومية القاعدة التي يضعها او يريد ان يضعها، والديمومة النسبية التي يريدها او يأملها، تجعل من الصعب طمأنة صنف خاص من المطالب. اضف الى هذا ان اقامة القانون الوضعي بطيئة بينما ينتظر الافراد قرارات فورية.

وفي مثل هذه المعطيات فإنه من الصعب الدفاع عن الاجراءات التشريعية التقليدية خاصة اذا اريد منها ان تكون تعبيراً عن الارادة العامة[2].

ومتطلبات الديموقراطية المعاصرة التي تنزع الى ان تعيد الى الشعب سلطة الاسهام المباشر في اقامة القواعد القانونية، تؤدي الى الاعتراف بهيمنة السلطة التنفيذية لأنها في وضع أفضل من المجالس التشريعية في عقد الحوار مع المحكومين الذين يتوقون اليه. وحين تعترف "الديموقراطية الحاكمة" بسيادة الارادة الشعبية التي يعبر عنها بشكل تلقائي، فإن ذلك يؤدي الى استنفارها الدائم، ومن ثم فإن المطالب تتوجه الى السلطة التنفيذية لأنها اكثر مقدرة لطمأنتها بالسرعة المطلوبة. ونحو الوزارات تتوجه مواكب المطالب لأن فيها تستقر السلطة وبالتالي يمكن التأثير على قرارها. "فليس الى الجمعيات (التشريعية) ... يتوجه الشعب الحقيقي، انما الى اولئك الذين كان يعتقد انهم وكلاؤها، لكن فيهم تجد الارادة الشعبية الحاكمين الحقيقيين: الوزراء"[3].

لر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٢١-٥٢٢.

لر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٢٣.

و، المطول، ج٨، ص٥٢٤.

§٢. التشريع الحكومي

٢٠٥. مشكلة التشريع الحكومي

ليس من الخطأ القول ان نمو التشريع الحكومي جاء كمعالجة لبطء الاجراءات البرلمانية في التشريع. فالسلطة التنفيذية تقيم القانون خيراً من المجالس التشريعية. إلا ان هذا التفسير لدخول الحكومة في ميدان التشريع ليس كافٍ. فتولي السلطة التنفيذية دور المشرع، الذي اصبح اليوم ظاهرة تكاد ان تكون عامة، يحتاج الى تبرير ويثير مشكلة.

والمشكلة هي مشكلة التفويض التشريعي: كيف يستطيع ممثلو الشعب التخلص من مهمة عهد بها اليهم من قبل الشعب. والجواب عن ذلك يتوقف على الموقف من التشريع ذاته. فاذا كان القانون بالنسبة للديموقراطية الليبرالية هو المرجع الاخير لتلافي العجز او عدم الكفاية في النظام الذي يستخلص تلقائياً من العلاقات الاجتماعية، فإنه، بالنسبة للديموقراطية الحاكمة، المبدع لنظام معين في المجتمع: فلم يعد القانون، في هذا التصور، يكرس بقدر ما هو يخلق.

وفي اطار هذا الطرح فإن القانون بطبيعته وموضوعه يجعل المجالس التشريعية غير مؤهلة لإقامته. فتردد المجالس التشريعية وانقسامها ومماطلاتها من شأنها ان تخيب أمل المطلب الشعبي. وبدلاً من ان يتجه الشعب المتلهف للقواعد القانونية، نحو القوى الفعلية، فإنه يصبح من المحتم الطلب من الفريق الحكومي ان يشرع. وهكذا فإن عالمنا سيكون عالم القوانين وبالتالي يجب ان لا يتوقف او يبطئ الانتاج التشريعي طالما نبغي اقامة نظام افضل.

إلا ان الحاجة الى القوانين لا تفسر وحدها انتزاعها من البرلمان بل يفسر ذلك ايضاً مضمون القوانين. فقد كانت القوانين في زمن الديموقراطية الليبرالية عبارة عن مصانعات وبالتالي ذات تأثير محدود في المصير الفردي للمحكومين. اما بالنسبة للديموقراطية الحاكمة، فإن القوانين تتضمن التزاماً يستبعد كل حل تساومي ويؤثر في ذات الوقت في مصالح الطبقات الاجتماعية المختلفة.

وبقدر ما يتضمن الحكم الاختيار وكذلك التشريع: حين تحكم تختار وحين تشرع تختار. إلا ان الاختيار هو من اصعب الأمور بالنسبة لمجلس تشريعي متعدد الاتجاهات او الفلسفات، بيد ان القوة المهيمنة فيه في فترة ما، ستحسم هذا التردد وليد التعددية الدائمة. فالاغلبية التي توجد في تلك الفترة ستكلف الحكومة بالتصرف طالما ان الظروف السياسية تسمح بذلك.

و"بعكس ما يمكن ان يُعتقد، فإن التشريع الحكومي سيسجل...ديناميكية الديموقراطية الحاكمة"(١).

ومع هذا فالتناقض يبقى مطروحاً بين ممارسة التشريع الحكومي وما تريده النظرية الدستورية الديموقراطية، من ان القوانين تقيمها المجالس المنتخبة من الشعب والتي تعبر عن ارادته وبالتالي

(١) بردو: المطول، ج٨، ص٥٥٥.

فإن كل تفويض تشريعي يتعارض مع هذا المبدأ: لا قوانين غير تلك التي يضعها الممثلون المباشرون للشعب.

وبهذه القوانين التي تكرس ارادة الشعب، سيتحقق، بشكل شبه تام، التطابق بين الحكام والمحكومين وبالتالي تتحقق الديموقراطية: أن تحكم معناه أن تشرع ومن ثم فإن حكومة الشعب تكون قد تحققت.

إلا ان القول بأن البرلمان وحده يضع القانون يفترض وجود نظام سياسي . اجتماعي يقتصر دور القانون فيه على تنظيم عام ولا شخصي للعلاقات الاجتماعية. لكن حين يكون هدف وموضوع القانون تغيير البنى الاجتماعية وتوجيه النشاطات الاجتماعية لا تأطيرها، وحين يدخل القانون في تفاصيل تنظيم السكن والعمل والصحة ورفاهية المواطن... الخ، فإن الايمان بفضيلة الديموقراطية التمثيلية لا يحول من ان تصبح المجالس التشريعية غير قادرة على اقامة مثل هذه القوانين.

صحيح ان القانون حين يكون اداة حكومية، فإن اقامته تفلت من يد الشعب، لكن "النظرية القانونية بعدم دستورية تفويض السلطة التشريعية تفترض ان البرلمان قادر على اقامة القانون. واذا كان ممنوعاً عليه ان يتخلى عن ذلك فلأننا نسلم ضمناً انه يستطيع ان يمارس ذلك. إلا ان الاختصاص القانوني لا يخلق القدرة المادية"(١). ولذلك فإن المعضلة التالية ستفرض نفسها:

اما ان يحترم التكنيك الديموقراطي في اقامة القانون وعندها سيشل العمل التشريعي، واما ان يضمن الانتاج التشريعي حتى ولو كان على هامش التكنيك الديموقراطي.

وكلا طرفي المعادلة يدعي الوصل بالديموقراطية: الاتجاه التقليدي يريد تدخل ممثلي الشعب، والاتجاه العصري يريد وفرة الانتاج التشريعي لكي يستجيب للطموحات الشعبية.

و"في هذا التناقض يكمن جوهر الديموقراطية الحاكمة الغربية: فالنظام لا يريد التضحية بالاجراءات التقليدية لاقامة القواعد القانونية، لانها كانت وتبقى حامية للحرية، كما لا يريد التضحية بالمضمون الذي تريد الارادة الحاضرة للشعب تسجيله في هذه القواعد لأن هذا المضمون شرط لتحرير الانسان"(٢).

٢٠٦ . تطبيقات التشريع الحكومي

وبعد ان طرحنا مشكلة التشريع الحكومي وحاولنا، قدر الامكان، القاء الضوء على ما تثيره من تساؤلات، فقد يكون من الضروري ان ننتقل من النظرية الى التطبيق. واللجوء الى التشريع الحكومي ظاهرة نقرها في العديد من الدول. ولتحديد بعد وآلية التشريع الحكومية فقد اخترنا ثلاثة نماذج: الانكليزي والفرنسي والسويسري. ورائدنا في هذا الاختيار بيان العلاقة بين البرلمان والحكومة وطبيعة هذه العلاقة ومدى تأثيرها في معنى ومحمل التشريع الحكومي.

المطول، ج٨، ص٥٥٦.

المطول، ج٨، ص٥٥٦.٥٥٧.

والتشريع الحكومي عن طريق التفويض البرلماني، يمارس بشكل اعتيادي في انكلترا، وقد كُرس في المصطلح الدستوري. ففي هذا البلد يراد بتعبير "التشريع المفوض Delegated legislation". الاجراءات التي تتخذها "الوزارة cabinet" والتي لها مفعول القانون. وهذه الاجراءات تتخذ بناءً على تأهيل الحكومة من قبل البرلمان. لذلك يمكن القول ان التشريع الحكومي في انكلترا يتمتع بصفة ديموقراطية.

فنظام الثنائية الحزبية، السائد في انكلترا، يعني ان الاغلبية في البرلمان في تضامن وثيق مع الحكومة، بل ان هذه الاخيرة هي حكومة الحزب ذي الاغلبية البرلمانية. لذا فإن الوحدة بين الاغلبية والحكومة هي وحدة رؤية يعبر عنها في برنامج عمل سياسي متجانس ومتماسك. وحيث ان الحكومة هي، في الواقع، الرأس الذي يتصرف لحزب الاغلبية، لذلك فلا شيء يمكن ان يعترض تفويض البرلمان الوزارة امكانية التشريع التي تؤديها بشكل افضل، ولكن في نفس اتجاه الاغلبية. فهناك اذن وحدة رؤية بين الحكومة والبرلمان وبالتالي فإن تشريع الحكومة سيكون، بهذا المعنى، تشريعاً ديموقراطياً يستجيب الى الديموقراطية الحاكمة لان الوزارة تستطيع بمهارة ونجاعة طمأنة رغائب الشعب. وقد لوحظ ان تطور التشريع الحكومي، في انكلترا تزامن مع اتساع المؤسسات الاجتماعية والاقتصادية التي تقتضيها "دولة الرفاهية welfare state"[1].

اما في فرنسا، فإن تفويض التشريع الحكومي اتبع من حيث الشكل ذات الاجراءات المتبعة في انكلترا مع اختلاف في روح العملية.

فتفويض التشريع الحكومي، كما كان يمارس في ظل الجمهورية الثالثة والرابعة يأخذ في فرنسا بعداً آخر ويستجيب لضرورة اخرى تختلف عما هو موجود في انكلترا. فاذا كان التشريع الحكومي يتم عن طريق "التفويض البرلماني" في انكلترا، فإنه يتم في فرنسا عن طريق "الاستقالة البرلمانية". فتعدد الاحزاب الممثلة في المجلس التشريعي (مجلس النواب في ظل الجمهورية الثالثة والجمعية الوطنية في ظل الجمهورية الرابعة) من شأنه ان يجعل هذا المجلس غير قادر على تكوين اغلبية ذات برنامج تشريعي متماسك. إلا ان المشاكل ذات الطابع الاقتصادي، المالي او الاجتماعي. تفرض تدخل الحكام لتلافي الموقف. كما ان الرأي العام الذي يثيره عجز "السلطة" يدعو الى عمل حاسم يتجاوز شلل السلطة بسبب تنافس الاحزاب وتعددها.

وبعد عدة ازمات وزارية تُظهر ضعف البرلمان، فإن شخصية سياسية قوية تُدعى الى تشكيل الوزارة لانقاذ الموقف حيث ان "الوطن في خطر". عندها يحضر رئيس الحكومة المكلف امام المجلس ويعلن عن نواياه بشكل معتدل، الأمر الذي يكون له صدى مقبول بين النواب، ثم يطلب "السلطات الكاملة pleins pouvoirs" دون ان يسميها، ويطمئن المجلس بأنه لن يتجاوز "امتيازات" البرلمان ويبين السلطات التي يريدها ومحدداً زمناً لها وضامناً رقابة المجلس. فهو بهذا الشكل يطرح مشروع "عقد" على البرلمان لا يملك هذا الاخير غير الموافقة عليه

---

(1) بردو: المطول، ج٨، ص٥٥٨-٥٥٩.

ومن ثم تفويض السلطة[١]. إلا ان الحكومة لا تنفذ، في الحقيقة، ارادة البرلمان بقدر ما هي تعالج غياب الارادة الايجابية عنده. لذلك فإن الحكومة التي تتمتع بما اطلق عليه اسم "السلطات الخاصة pouvoirs spéciaux"، ستكون لها مبادرات واسعة. ويترتب على ذلك حدوث شرخ بين العمل التشريعي للوزارة وبين الرغبة "الشعبية" حيث لا يوجد بينهما هذا الوصل الذي تكون في انكلترا بين الاغلبية الملتفة حول خط سياسي ثابت، وبين الحكومة. صحيح ان هناك اغلبية في المجلس في فرنسا، صوتت على قانون "التفويض"، إلا ان هذه "الاغلبية" مكونة في الغالب من عناصر مختلفة الاتجاهات وان تصويتها"... يعني محضراً بالعجز اكثر من كونه اتجاهاً واضحاً يجب ان تتبعه الحكومة... وينتج من هذا ان التشريع الحكومي سيعبر عن سياسة الفريق في السلطة ومن خلالها مطمح الادارة...(وان) الصدقية الديموقراطية تفتقد في التشريع الحكومي حين يتأتى من استقالة البرلمان"[٢].

وفي سويسرا، فإن ممارسة "السلطات الكاملة" او التشريع الحكومي بدأت مع ازمة الحرب العالمية الاولى. فقد منح مجلسا الجمعية الفيدرالية في ٣آب ١٩١٤ بقرار فيدرالي "السلطات الكاملة" الى للمجلس الفيدرالي[٣]. وقد اعتبر هذا القرار مستعجلاً الامر الذي يمنع كل طلب لعرضه على الاستفتاء بمقتضى المادة ٨٩ (فقرة٢) من الدستور السويسري في صيغتها التي كانت نافذة آنذاك. وعند نشوب الازمة الاقتصادية العالمية عام ١٩٣٠ صدر قرار فيدرالي في ١٣تشرين الاول ١٩٣٣ يمنح المجلس الفيدرالي صلاحية اتخاذ كل الاحكام الضرورية لضمان التحقيق السريع للبرنامج المالي. وعند تفاقم الازمة الاقتصادية فقد دُعمت سلطات الحكومة بقرار ٣١كانون الثاني ١٩٣٦ وبقرار ٢٢ حزيران ١٩٣٩[٤].

ومع بدء ازمة الحرب العالمية الثانية صدر قرار فيدرالي في ٣٠ آب ١٩٣٩ يعطي السلطة للحكومة لاتخاذ "الاجراءات المناسبة لضمان امن البلاد والابقاء على حيادها". وقد فسر هذا القرار بأنه منح المجلس الفيدرالي ذات الاختصاصات التي منحت له عام ١٩١٤.

والتشريع الحكومي او بعبارة ادق منح "السلطات الكاملة" للحكومة اثار في سويسرا مسالة دستورية هذا التفويض وهي مسألة كلاسيكية، إلا انها اخذت بعداً فقهياً خاصاً في هذا البلد لاستنادها على "قانون الضرورة".

فاذا كانت الجمعية الفيدرالية قد تمسكت في عام ١٩١٤ بدستورية قرارها حين اعلنت "حالة الاستعجال L'urgence" لاستبعاد الاستفتاء، فإن مثل هذا الاعلان لم يتم في العام ١٩٣٩. وقد قيل تبريراً لذلك ان حق المشرع في تفويض اختصاصه بدون موافقة التصويت الشعبي، يجد اساسه ليس في المادة ٨٩ من الدستور، بل في "قانون الضرورة غير الكتوب". وهذه الاطروحة نجدها في فرنسا، تقف وراء الحجج التي تنزع الى اسباغ الشرعية على تفويض السلطة التشريعية الى

انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٥٩.

بردو: المطول، ج٨، ص٥٦٠.

حول المؤسسات الفيدرالية السويسرية، انظر: منذر الشاوي، القانون الدستوري، المرجع السالف الذكر، ج١، ص٢٦٧وما بعدها.

ويمكن تصور سعة الاختصاصات التي منحت للسلطة التنفيذية اذا علمنا ان قرار ١٩٣٩ يجيز للحكومة عقد اتفاقات مع الدول الاجنبية خلافاً للمادة ٨٠ من الدستور الفيدرالي التي تشترط موافقة الجمعية الفيدرالية على المعاهدات.

الحكومة: الحرص على الحفاظ على الدولة يتقدم على احترام الاجراءات الدستورية التي تحكم ممارستها لوظائفها. هذا يعني، كما اسند في سويسرا، انه حين يكون هناك خطر محدق يهدد وجود الدولة يتوجب عندها الخروج من الاطار الدستوري بقدر ما تتطلبه الضرورة.

ويرى الاستاذ بردو انه من التعسف الكلام عن "قانون الضرورة" لان هذا القانون المزعوم يستبعد القانون. ولكن لا يمكن انكار وجود "الضرورة" ذاتها وعندها فالمشكلة التي تطرح هي: هل تبرر الضرورة تصرفاً لا تجيزه النصوص الدستورية؟

ان الفقه السويسري في اغلبيته يسلم بمشروعية السلطات الكاملة دون الاستناد على الدستور. وهذا الاتجاه يقوم في مجمله على: ان ما هو ضروري لوجود الدولة لا يمكن ان يكون غير مشروع [1].

ونلاحظ ان عيب هذه الحلول يكمن في انها تريد ان تخالف القانون وتبقى في اطار القانون لتبرير هذه المخالفة: القانون يكرس مخالفة القانون: قانون الضرورة غير المكتوب يبرر مخالفة القانون الدستوري. لذلك قيل ايضاً ان نظام السلطات الكاملة "يعترف به الضمير القانوني للشعب، القاعدة الاساسية للقانون" [2].

---

(١) انظر: بردو، المطول، ج٨، ص٥٨٢-٥٨٣.

(٢) ان "المشكلة" لا يمكن أن تحل او تجد طريقها الى الحل في اطار هذا التصور للمشروعية او السمومشروعية، بل في الخروج منها. هذا يعني ويتوجب الأخذ بنظر الاعتبار: طبيعة القواعد الدستورية وطريقة ممارسة الحكام للسلطة التي يقبضون عليها وشرعية ممارستهم لها. فالقواعد الدستورية هي بالاحرى قواعد توازن سياسي اكثر من كونها اساساً للمشروعية. والدستور هو مجموعة القواعد المكتوبة او العرفية التي تحدد او بصورة ادق، تبين الطريقة التي تمارس بها السلطة من قبل القابضين عليها. (حول، "الطبيعة السياسية للدستور"، انظر: منذر الشاوي، القانون الدستوري، ج٢، ص١٢٤ وما بعدها).
والحكام يمارسون السلطة وفق القواعد الدستورية او بما لا يتفق مع بعضها نتيجة لتعارفهم اواعتيادهم على طريقة معينة لممارسة السلطة في ظرف معين. فالضرورة اذن يمكن ان تلجأ او تدفع الحكام الى ممارسة السلطة على خلاف او خارج الطريقة التي نص عليها الدستور.
وهكذا كان الحال في سويسرا في العام ١٩١٤ وما تبعه من ممارسات تتعلق بتفويض السلطة التشريعية او "السلطات الكاملة". فالهيئات القابضة على السلطة في سويسرا مارست بالاتفاق هذه السلطة حين فوضت "السلطات الكاملة" في العام ١٩١٤ والعام ١٩٣٩ بشكل خرج بعض الشيء عن النص الدستوري ونال الموافقة الشعبية الضمنية على ما يبدو.
وهذه الممارسة كانت اذن ممارسة شرعية اي انها تمت وقبلت على الصعيد السياسي. وهذا ما تضمنه ضمناً قول احد الفقهاء السويسريين، والذي بدا انفراقياً لأول وهلة، من ان الاجراء الذي تم في العام ١٩١٤ وفي العام ١٩٣٩ مدان قانوناً ومبرر سياسياً!

الباب الثالث

في الحــق

يعرض هذا الباب للحق من خلال توضيح فكرته المتمثلة بوجوده أو إنكاره وكذلك حقيقته عبر الإشارة إلى خصوم وأنصار فكرة الحق وكشف اللثام عن ماهيته وطبيعته.

الفصل الأول

فكــرة الحــق

١§- وجود الحق

أولاً: معنــى الحــق

٢٠٧ . طــرح المشكلة

رأينا ان القانون، كل القانون، هو في القانون الوضعي. والقانون الوضعي او القاعدة القانونية تتضمن امراً بالامتناع عن القيام بعمل معين او امراً بالقيام بعمل معين. فمثلاً يقضي القانون (الوضعي) بعدم كتابة مقالات مهينة للآخرين في الصحف، او الامتناع عن القتل او السرقة او ايذاء الغير، او يقضي القانون الوضعي كذلك بدفع الابناء نفقة لآبائهم في حالة العوز او دفع المواطن ضرائب للدولة. وهذه الاوامر والنواهي التي يتضمنها القانون الوضعي وان كانت موجهة للكل، فإنها تمنح بعض الاشخاص سلطة او مكنة الزام الغير بالقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل. فمن أهين في الصحافة، له مكنة او قدرة طلب التعويض ممن تسبب في اهانته. والآباء المعوزون لهم مكنة او قدرة ارغام الابناء على دفع النفقة. والدولة لها مكنة او قدرة ارغام المواطنين على دفع الضريبة. فماذا تعني، في الحقيقة، هذه المكنة او السلطة او القدرة التي يضعها القانون (الوضعي) تحت تصرف البعض؟ ولأول وهلة يظهر ان هذه المكنة (القدرة) او السلطة لصيقة بالقانون وربما منه تنحدر، فهي، اذن، الى ميدان "القانون" تعود. ولكن إلى قانون؟ فهذه المكنة او السلطة تستند الى القانون ولكنه قانون في مصلحة الفرد. فماذا نسمي هذا "القانون" منظوراً اليه من زاوية المستفيد منه؟

٢٠٨ . مشكلة مصطلح

تطلق بعض اللغات، كاللغة الفرنسية، على هذا القانون اسم "القانون الــذاتي Le droit subjectif". وفي مقابل ذلك اضطرت الى ان تطلق على القانون الوضعي اسم "القانون الموضوعي". وكما ان القانون الوضعي يتعلق بذات الدولة وارادتها، فإن "القانون الذاتي" يتعلق بذات الفرد وارادته. فالفرد، بناء عليه، له المكنة او القدرة او السلطة، استناداً الى القانون، في ان يطلب من الغير القيام بعمل معين او الامتناع عن القيام بعمل معين.

ويطلق، في اللغة العربية، على هذه المكنة او القدرة او السلطة التي للفرد اسم "الحق". فهل هذه التسمية تفي بالغرض المطلوب؟ الحق، لغةً، نقيض الباطل. وحق الامر يحقه حقاً كان منه على يقين. وحقه على الحق واحقه غلبه عليه، واستحقه طلب منه حقه. وفي الحديث انه اعطى كل ذي حق حقه ولا وصية لوارث اي حظه ونصيبه الذي فرض له. واستحق الشيء استوجبه وحق الشيء اذا ثبت.

فالحق، كما يرى الدكتور ثروت انيس الاسيوطي، هو الأمر الثابت، نقيض الباطل وهو الحظ والنصيب[1].

فلا شيء اذن في "الحق" لغة يشير الى فكرة "القانون الذاتي" الفرنسية. فتعريف الحق، في اللغة العربية، كان سلبياً، فهو: نقيض الباطل.

لكن ما هو "الحق"؟ الأمر الثابت، الحظ والنصيب. ولكن هذا لا يعني شيئاً ولا يثير في النفس فكرة المكنة او القدرة او السلطة التي للشخص.

والباطل هو ما كان مخالفاً للشرع او القانون، عندها أيكون "الحق" ما كان موافقاً للقانون؟ وحينئذ تكون كلمة "الحق" اقرب الى فكرة صحة العمل او التصرف منها الى فكرة القدرة او المكنة او السلطة: فيقال الوعد الحق والقول الحق. وحق الأمر حقاً وحقةً وحقوقاً: صح وثبت وصدق. قال تعالى: "لينذر من كان حياً ويحق القول على الكافرين".

والحق، في اللغة العربية، قد يعني العدل. فقد جاء في الآية الكريمة: "وقل جاء الحق وزهق الباطل، ان الباطل كان زهوقاً". ويقال من الحق عليّ، اي من العدل او ربما من "الواجب" عليّ. ويقال: يحق عليك ان تفعل كذا، يجب، ويحق لك ان تفعل كذا يسوغ. وحقيق على ذلك واجب. وقد جاء في "المعجم الوسيط"، الحق، اسم من اسمائه تعالى والثابت بلا شك، قال تعالى: "انه لحق مثل ما انكم تنطقون"، ويوصف به فيقال "قول حق"، ويقال وهو حق بكذا جدير به، والنصيب للفرد او للجماعة. والجمع حقوق وحقاق، وحقوق الله ما يجب علينا نحوه[2].

واذا منح القانون (الوضعي) بعض الاشخاص قدرات معينة لتحقيق مصالح او تصرفات معينة، فهل يعني هذا انه يعترف لهم بحقوق؟ وانطلاقاً من هذا التصور يقول الدكتور ثروت انيس الاسيوطي: "فمن يبني لنفسه بيتاً يقدر له القانون مكنة الانتفاع بهذا البيت واستعماله والتصرف فيه ومنع الآخرين من التعرض له، فيكون له "حق" على هذا البيت. هذه المكنة المعترف له بها هي حظه ونصيبه الثابت، والاعتداء عليه محرم وباطل"[3].

ظر: ثروت انيس الاسيوطي، مبادئ القانون، ج٢، القاهرة، ١٩٧٤، ص٣ الذي يستند الى "لسان العرب" لابن منظور.

عجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ج١، ١٩٦٠، ص١٨٧.

روت انيس الاسيوطي: مبادئ القانون، ج٢، ص٤.

لكن الا ... "الحق" تبقى مرتبطة بفكرة الصحة والمشروعية ... القانون (الحلال والحرام، المشروع وغير المشروع او الباطل) وبالتالي تتضمن المكنة او القدرة على التصرف الذي يجيزه القانون؟

وفي "دروسه" التي القاها في كلية الحقوق بالجامعة المصرية عام ١٩٢٦، يثير العميد دكي مشكلة مصطلح "القانون الذاتي" ويقول لقد قيل لي ان اللغة العربية تمتلك كلمتين لتمييز "القانون الموضوعي" و"القانون الذاتي": القانون لتعني "القانون الموضوعي" والحق لتعني "القانون الذاتي".

إلا ان فكرة "القانون الذاتي" تتضمن، كما يؤكد العميد دكي، معنى "السلطة" بحيث ان "القانون الموضوعي" يعني القاعدة الآمرة. اما "القانون الذاتي" فيعني "قدرة او مكنة التصرف"[1]، وهو ما قد لا تتضمنه كلمة "حق" العربية.

وامام هذه البلبلة الاصطلاحية وعدم الدقة في اللغات الاجنبية والعربية، وفقداً للأحسن، فلا مانع من استعمال كلمة "الحق" ليُراد بها "القانون الذاتي". ونأمل ان يتحدد مضمون او محمل مصطلح "الحق" كلما توغلنا في دراسة الحق ليظهر المقصود منه. والخطوة الاولى في ذلك هي الوقوف عند اساس الحق.

ثانياً. أساس الحق

٢٠٩. المذهب الفردي

يمكن ان نجد اساس فكرة الحق في "المذهب الفردي" كما بيّن ذلك العميد دكي[2]، وقد عبر عن هذا المذهب رجال القانون ومفكرو القرن السادس عشر الاوربي. ووجد تحديداً جديداً له عند المفكر الانكليزي جون لوك (١٦٣٢-١٧٠٤) وفلاسفة القرن الثامن عشر وخاصة عند جان جاك روسو (١٧١٢-١٧٧٨).

وينطلق هذا المذهب من فكرة ان الانسان له حقوق لكونه انساناً. وهذه الحقوق تسبق في وجودها وجود المجتمع وتصحب الانسان عند دخوله المجتمع. ولأن للافراد حقوقاً فقد وجدت قاعدة اجتماعية لتحمي هذه الحقوق.

وحقوق الفرد هذه هي سلطات خاصة بارادته اي انها صفات ملازمة لهذه الارادة لأنها، بالضبط، ارادة بشرية. ويقيم المذهب الفردي هذه التاكيدات على طبيعة الانسان التي هي حرة وذات سلطان. فالانسان له نشاط مستقل وله السلطة او المكنة لتطوير هذا النشاط بكل حرية. وهذه السلطة هي حق اي قوة خاصة بارادته كإنسان فله مثل هذه السلطة لأنه انسان.

(١) انظر: دكي، دروس في القانون العام، باريس، ١٩٢٦، ص٤٠، ٤١.
(٢) انظر: دكي، المطول في القانون الدستوري، ج١، ص٢٠٢، ٢٠٤.

والانسان كائن فردي، وهو في الطبيعة منفرد ومستقل، دخل المجتمع محتفظاً باستقلاله وبسلطاته وحقوقه. وبما ان الانسان يعيش في المجتمع فقد اقيمت قاعدة لتقييد حقوق كل فرد ولتحمي بذلك حقوق الكل: فهي تحد من استقلال كل فرد لكي تضمن استقلال الجميع. فتوجد اذن قاعدة قانونية (قانون موضوعي) لكن لها صفة مشتقة او ثانوية. فاساس او جوهر القانون هو السلطة الخاصة بالانسان، وهذا هو الحق.

فالقانون الموضوعي او القاعدة القانونية تستند، إذن، الى حق الفرد، ولا قيمة للقاعدة القانونية إلا بقدر ما يكون موضوعها حماية الحقوق الفردية. فالقاعدة القانونية لا تفرض إلا اذا كانت تقييداتها لاستقلال كل فرد ضرورية لحماية استقلال الجميع، وهي ذاتها بالنسبة للجميع. فالقاعدة القانونية تفرض، من جهة، على الكل احترام الحقوق الفردية لكل فرد، ومن جهة اخرى تقيد الحقوق الفردية لكل فرد لكي تضمن حماية الحقوق الفردية للكل. وهكذا، وفقاً لمنطق المذهب الفردي، فإننا ننطلق من الحق لنصل الى القانون الموضوعي ونؤسس القانون على الحق. والكل متساوون، وفقاً لهذا المذهب، لان كل الافراد يولدون مع نفس الحقوق ويجب ان يحتفظوا بنفس الحقوق. والقيود التي تفرض على حقوق كل فرد (وقد اصبحت هذه القيود ضرورة بسبب الحياة الاجتماعية) يجب ان تكون نفسها بالنسبة للجميع، لانها اذا اختلفت سوف لا يكون لافراد الفئة الاجتماعية نفس الحقوق. وهذا المذهب يتضمن ان تكون القاعدة القانونية (القانون) واحدة في كل الازمان وفي كل البلدان عند كل الشعوب، لانها تجد اساسها في الحقوق الفردية الطبيعية للانسان وهي نفس الحقوق بالنسبة لكل الافراد في كل مكان.

وقد عبر اعلان الحقوق الفرنسي الصادر عام١٧٨٩، احسن تعبير عن طروحات المذهب الفردي حين قال: يولد الافراد ويبقون احراراً ومتساوين في الحقوق. (و) هدف كل جماعة سياسية هو حفظ حقوق الانسان الطبيعية والتي لا تسقط...وممارسة الحقوق الطبيعية لكل فرد لا حدود لها غير تلك التي تضمن للآخرين من اعضاء المجتمع التمتع بنفس هذه الحقوق" (المواد:١، ٢، ٤).

٢١٠ . نقد المذهب الفردي

لقد تصدى العميد دكي للمذهب الفردي الذي نجد فيه اساس فكرة الحق. فالانسان، وفقاً لهذا المذهب، لأنه انسان، له حقوق تسبق وجود المجتمع. واذا وجد القانون او القاعدة القانونية فإن موضوعها او هدفها هو حماية هذه الحقوق الانسانية الطبيعية. الا ان هذا الاتجاه، يقول دكي، لا يمكن الدفاع عنه. فالقول بأن الانسان الذي يعيش في الطبيعة والمعزول عن ابناء جنسه يملك بعض الامتيازات وبالتالي بعض الحقوق، هو قول لا يستند الى الواقع. فالانسان اصلاً اجتماعي والانسان لا يوجد إلا في المجتمع وبالمجتمع. ان التأكيد، يقول دكي، بأن الانسان، لانه انسان، وهو منفصل عن باقي الافراد، في حالة الطبيعة، هو صاحب حقوق معينة تتعلق بطبيعته كانسان، هو تأكيد مجاني، لأنه لا يستند الى اي دليل مباشر، وهو تأكيد تناقضه الوقائع وطبيعة الانسان.

"فكل الدراسات... تثبت ان الانسان... لا يستطيع ان يعيش وحده ولم يعش مطلقاً وحده، ولا يستطيع ان يعيش إلا في مجتمع ولم يعش ابداً إلا في مجتمع... فلا يمكننا ان نطرح الانسان الطبيعي المستقل والمنعزل، إذ لا يمكن ان نطرح غير الانسان الاجتماعي او بالاحرى لا نستطيع ان نطرح غير المجتمع. فالانسان لم يوجد قبل المجتمع، فهو لم يوجد إلا في المجتمع وبالمجتمع. فقد وجدت المجتمعات البشرية منذ وجد البشر. فالتفكير بالانسان المنعزل هو تفكير بشيء لا وجود له"[1].

ويضيف دكي القول بأن التأكيد على ان الانسان في الطبيعة، اي الانسان المنعزل عن الافراد الآخرين، يملك بعض الامتيازات اي بعض الحقوق، لأنه انسان، هو تأكيد مجاني محض لا يستند الى اية حقيقة او واقع. "فما يجب ان نؤكده، يقول دكي، هو ليس ان الافراد يولدون احراراً ومتساوين في الحقوق، بل انهم يولدون اعضاءً في جماعة ويخضعون بذلك لكل الالتزامات التي يفرضها بقاء وتطور الحياة الاجتماعية"[2].

والمذهب الفردي يقع، من جهة اخرى، في تناقض. فهو يفترض ان الانسان المعزول له حقوق، إلا ان الانسان لا يكسب الحقوق إلا حينما يكون باتصال مع الآخرين من البشر، الامر الذي يفترض وجود المجتمع. فانصار المذهب الفردي يقولون، كما يلاحظ العميد دكي، ان "الانسان الطبيعي... بصرف النظر عن علاقاته مع الافراد الآخرين، يولد وله حقوق يحملها معه حين يدخل المجتمع، وهذه الحقوق الطبيعية هي التي ستكون اساس القاعدة القانونية التي تفرض على كل اعضاء المجتمع... (إلا ان) الانسان المنعزل المفصول عن اقرانه لا يمكن ان يملك حقوقاً ذاتية، ولا يمكن ان يولد مع هذه الحقوق. فالانسان لا يستطيع ان يحمل الى المجتمع حقوقاً لا يملكها ولا يمكنه ان يملكها قبل دخوله المجتمع. فلا يمكنه ان يملك حقوقاً إلا بعد ان يدخل المجتمع ولانه دخل المجتمع فهو في علاقة مع الافراد الآخرين... فالانسان ليس له حقوق الا بعد ان يصبح عضواً في مجتمع ولانه عضو فيه. وطالما هو ليس عضواً في مجتمع، فإن الانسان يمكن ان يملك سلطات فعلية لكنه لا يملك، ولا يمكن ان يملك حقوقاً... وهكذا فإن كل المذهب الفردي ينهار. فلا يمكن اقامة القانون الموضوعي، القاعدة الاجتماعية، على حقوق ذاتية مزعومة والتي، اذا وجدت، لا يمكن ان تولد إلا من الحياة الاجتماعية ومن القاعدة التي تطبق فيها"[3].

٢§. إنكار الحق

٢١١ . العميد دكي وفكرة الحق

ان اكبر تحدٍ واجهته فكرة الحق جاء من العميد دكي، فقد انكر هذا الفقيه الكبير وجود

(١) دكي: المطول، ج١، ص٢٠٩.
(٢) دكي: المطول، ج١، ص٢١٠.
(٣) دكي: المطول، ج١، ص٢١١-٢١٢.

هذه الفكرة. فبالنسبة له، لا يوجد قانون غير "القانون الموضوعي" الذي يخضع له الجميع في المجتمع، حكاماً ومحكومين. إن "مشكلة الحق، يقول دكي، ترجع دائماً الى ما يأتي: هل توجد بعض الارادات التي تملك بصورة دائمة او مؤقتة صفة خاصة تعطيها السلطة لان تُفرض كما هي على ارادات اخرى؟ واذا وجدت هذه السلطة فهي الحق، الذي هو، بناء عليه، صفة خاصة بارادات معينة، صفة من شأنها ان تجعل من الارادات التي تتمتع بها في ان تفرض نفسها على الارادات الاخرى التي تكون مثقلة بالتزام ذاتي نحو الارادات الاولى"(١).

وعليه فإن الحق بالنسبة للعميد دكي يفترض بالضرورة وجود سلطة امر عند صاحبه مردها الصفة العليا لارادته، وفي مقابل ذلك وجود نقص في ارادة الفرد الذي يخضع لهذه الارادة العليا. وهكذا فإن الحق يؤثر في جوهر الارادات محل الاعتبار مقيماً بينها تدرجاً في الارادات، بين ارادة عليا وارادة دنيا.

أولاً ـ اسباب انكار الحق

٢١٢ . الحق يمنح العلوية للإرادة

من الصعب التسليم بوجود الحق او، على الأقل، لا يمكن ادراكه من الناحية العلمية. فكيف يمكن حل مشكلة الحق الذي هو صفة للارادة البشرية، بينما نحن لا نعرف شيئاً عن طبيعة هذه الارادة؟

"ان مسألة طبيعة واساس الحق لا يمكن ان تحل، يقول دكي، لأنه اذا كان (الحق) سلطة، صفة للارادة البشرية، فيتوجب معرفة الطبيعة الخاصة للارادة البشرية من اجل تحديد مكونات هذه السلطة، هذه الصفة. الا ان هذا مالا يستطيعه الانسان ولن يستطيعه ابداً، لان هناك عنصراً لا يخضع لادراكه وملاحظته... فكيف ندعي حل مشكلة الحق، الذي هو صفة للارادات البشرية، اذا نحن لا نستطيع ان نعرف شيئاً عن طبيعة هذه الارادة؟"(٢).

والصعوبة تزداد اذا تكلمنا عن حق الجماعات او الاشخاص الجماعية، لأنه، في هذه الحالة، لا يمكن الكلام حتى عن وجود ارادة جماعية. اذ ان ما نقره هو وجود ارادات فردية فقط. "في الواقع، يقول دكي، اذا كان للجماعات حقوق فهذا يعني انها تملك ارادة منفصلة عن ارادة الافراد المكونين لها. لكن لا نستطيع ان نؤكد وجود هذه الارادة الجماعية، لان ما نراه وما نقره هو اظهار لارادات فردية"(٣).

---

(١) دكي: المطول، ج١، ص١٥.

(٢) دكي: المطول، ج١، ص١٦.

(٣) دكي: المطول، ج١، ص١٧.

ويخلص العميد دكي الى القول بأن لا قانون غير "القانون الموضوعي" الذي هو قاعدة او قواعد ضبط اجتماعي تفرض على افراد الفئة الاجتماعية القيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل. وهذا هو القانون ولا يمكن ادراك غيره.

لكن الا يمكن ان نجد في القانون الموضوعي اساساً للحق؟ بعبارة اخرى الا تمنح القاعدة القانونية الحق؟

٢١٣. القاعدة القانونية لا تمنح الحق

ان القاعدة القانونية، يقول دكي، لا يمكن ان تمنح الحق، لأن القانون الموضوعي (الوضعي) وهو من صنع الانسان وليس من صنع قوة خارقة، لا يملك المقدرة بأن يمنح الارادة البشرية صفة العلوية التي هي غريبة عن طبيعة هذه الارادة. "في فئة اجتماعية بشرية، يقول دكي، نحن لا نلاحظ إلا ارادات فردية متساوية. فلا يمكن ان نرى او ندرك... علوية ارادة او اكثر على ارادة اخرى او اكثر. فلا نلاحظ ولا ندرك ما يمكن ان يعطي الشخص الانساني صفة معينة تتيح له ان يفرض ارادته على ارادة اخرى او اكثر. بناءً عليه لا يمكن ان ندرك كيف ان الفرد يستطيع ان يكون صاحب حق بالنسبة للقانون السنني. فهذا الاخير يفرض على الافراد، الذين يعيشون في مجتمع، اعمالاً معينة وامتناعات معينة. وخضوع فرد، عضو في الفئة، لهذه السنة يؤدي الى نتيجة في صالح الافراد الآخرين. فمنع الفرد بأن لا يقتل، لا يسرق، (او) بأن يقدم المساعدة، (فإن ذلك) يستفيد منه بلا شك الافراد الآخرون. (لكن) هل نستطيع القول بأن الافراد الآخرين لهم حق في الحياة، في الحفاظ على ما يحوزونه، في المساعدة؟ ابداً. فإن كان لهم هذه الحقوق، فإن هذا لا يعني غير... ان اراداتهم ذات طبيعة خاصة بحيث تستطيع ان تفرض كارادة عليا على ارادة اخرى لتلزمها بان لا تقتل، لا تسرق وان تقدم المساعدة. إلا ان علوية الارادة هذه لا نراها ولا يمكن ان ندركها إلا بوساطة قوة عليا"[1].

بناءً عليه، لا يمكن ادراك ان القاعدة القانونية، مهما كان الاساس الذي تستند اليه، يمكن ان تمنح ارادة بعض الاشخاص صفة خاصة لا يملكونها بطبيعتهم بحيث ان ارادتهم ستكون لها صفة لا يملكها الآخرون وان ارادة او اكثر ستكون لها العلوية على ارادة اخرى او اكثر[2].

ومن كل ما تقدم يستخلص العميد دكي ان لا وجود للحق سواء بشكل مستقل (وسابق) عن القانون الموضوعي. أم حتى كنتيجة لوجود هذا القانون، إذ "...لا يمكن ان يقام الدليل... على الانتقال من القانون الموضوعي الى الحق، وكما انه من المستحيل، من جهة اخرى، التسليم باسبقية

(١) دكي: المطول، ج١، ص٢١٨،٢١٩.

(٢) انظر: دكي، المطول، ج١، ص٢٩٦.

الحق على القانون الموضوعي، فإن الحق وهم. ولا وجود للحق"[١].

وبعد ان استبعد العميد دكي فكرة "الحق" واثبت او حاول ان يثبت ان لا وجود للحق، يتساءل: "لماذا اذن هذه الفكرة الواسعة الانتشار وهذا التأكيد الذي يتكرر باستمرار: لي الحق ان اقوم بهذا الشيء؟ لماذا فكرة الحق هذه التي هي في كل مؤلفات القانونيين وفي قوانين المشرعين والتي لا وجود لها في اي مكان من الواقع؟ ان السبب... هو بقاء العقلية الميتافيزيقية في عالم القانون او... العقلية اللاهوتية التي تدعو القانونيين والمشرعين لان يضعوا وراء كل نشاط محمي اجتماعياً، ذاتاً ميتافيزيقية لكي يفسروا هذه الحماية"[٢].

ثانياً ـ الوضع القانوني بدل الحق

٢١٤ . فكـرة الـوضـع القـانونـي

اذا كانت فكرة "الحق" وهماً ولا وجود لها، كما يقول العميد دكي، سواء أطرحت بشكل مسبق على وجود القانون الموضوعي أم بشكل لاحق على القانون الموضوعي بحيث اليه تستند ومنه تنحدر، فكيف نفهم، اذن، او كيف نفسر العلاقات بين الافراد في المجتمع وما هي طبيعة او وضع الفرد بالنسبة الى القانون؟

كل شيء، يجيب دكي، يمكن ان يُدرك ويُفهم في المجتمع انطلاقاً من القانون الموضوعي. فالقانون الموضوعي، في الفئة الاجتماعية او المجتمع، يفرض امتناعاً عن القيام باعمال معينة من شأنها الاضرار بالمجتمع وحياته، ويطلب القيام باعمال ضرورية لهذه الحياة. فالقانون الموضوعي يتوجه، اذن، الى الافراد في اوامره السلبية او الايجابية. فالعلاقة هي اولاً بين الفرد والقانون الموضوعي، لكن هذا القانون يهدف من خلال هذه العلاقة الى تنظيم العلاقات بين الافراد. فاذا كان القانون، بالنسبة للعميد دكي، موضوعياً في نشأته فهو فردي في تطبيقه، لانه يوجه الى الافراد موجهاً تصرفاتهم ومحدداً علاقاتهم. فوضع الفرد في المجتمع محكوم بالقانون الموضوعي الذي يفرض عليه القيام ببعض الاعمال او الامتناع عن القيام بالبعض الآخر. ولكن هذه الممنوعات وهذه الاعمال قد يستفيد منها أفراد آخرون في المجتمع بحكم عيشهم فيه، فأمر القانون الموضوعي بعدم القتل او السرقة او بتقديم المساعدة (لمن يحتاجها) يستفيد منه، بدون شك، الآخرون، لكن دون ان يشكل ذلك حقاً، لأن "الحق" يعني علوية ارادة على ارادة اخرى، وهذا ما ينكره دكي. وكل ما في الامر ان المستفيد هو في وضع رسمه القانون الموضوعي يؤهله للاستفادة من الاوامر الايجابية او السلبية التي يفرضها القانون الموضوعي في المجتمع. ولماكان الفرد في وضع يحكمه القانون، فهو اذن في "وضع قانوني Situation juridique".

وهكذا تفسر وتُفهم العلاقات بين الافراد والعلاقات بين الفرد والقانون دون اللجوء الى فكرة الحق بل من خلال ادراك وضعه القانوني في المجتمع[٣].

---

١) دكي: المطول، ج١، ص٢٢١.

٢) دكي: المطول، ج١، ص٢٧٢-٢٧٣.

٣) انظر: دكي، المطول، ج١، ص٢٢٣-٢٢٤.

وهذا "الوضع [illegible] القانوني" (كما يسمى، بشيء من عدم الدقة ربما، في [illegible] الشارحون مصر وحتى في العراق) الذي يطرحه العميد دكي كبديل لفكرة "الحق" يجدر بنا الآن ان نقف عنده نظراً لاهميته في الفكر والتكنيك القانوني. والعميد دكي يميز بين نوعين من الاوضاع (المراكز) القانونية: "الاوضاع القانونية الموضوعية" و"الاوضاع القانونية الذاتية".

٢١٥ . الوضع القانوني الموضوعي

و"الوضع القانوني الموضوعي S.J.Objective" هو الوضع الذي ينحدر او يجد اساسه مباشرة في السنة القانونية (القاعدة القانونية). وميزة هذا الوضع هو انه عام، اذ يمكن التمسك به في مقابل الجميع لأنه يتأتى مباشرة من قانون وضعي هو نفسه عام بالنسبة للكافة. وهذا الوضع دائم ايضاً لان الفرد الذي يوجد فيه يستطيع ان يقوم بالتصرفات التي يجيزها القانون بشكل غير محدود طالما بقي القانون الذي منه ينحدر هذا الوضع. ومثال الوضع القانوني الموضوعي مكنة الانتخاب ولا يقال "حق" الانتخاب. فالناخب هو في وضع قانوني عام، لأنه واحد بالنسبة للكل وان مضمونه واحد بالنسبة لجميع من تنطبق عليهم شروط الناخب. فوضع الناخب هو نفسه بالنسبة للكل ويمكن التمسك به قبل الكافة. فلا يصح ان يكون احد ناخباً تجاه البعض دون الاخرين، فهو اما ان يكون ناخباً او لا يكون (تجاه الكل). والناخب ليس فقط في وضع قانوني عام بل ايضاً في وضع قانوني دائم. فمكنة الانتخاب التي تعود إلى الناخب لا يمكن ان تستنفد في عملية اقتراع واحدة، فهو يبقى ناخباً لكل عمليات الاقتراع اللاحقة ايضاً ولا يقتصر نشاطه على عملية تصويت واحدة لمرة واحدة. وهذا الوضع يستمر طالما ان القانون الذي ينظم الانتخاب يبقى نافذاً. لذلك يقال ان الناخب في وضع قانوني موضوعي عام ودائم او في وضع يتصف بالعمومية والديمومة. وفي مجال الاحوال الشخصية، فإن المثل الآخر للوضع القانوني الموضوعي هو الابن الشرعي. فهو في وضع عام اي يمكن التمسك به تجاه الكل، فالابن الشرعي هو كذلك تجاه كل الافراد وليس تجاه بعضهم فقط. وهو وضع دائم ايضاً اي لا يستنفد بممارسة الامتيازات التي تترتب على هذا الوضع للابن الشرعي.

ونلاحظ في هذين المثلين ان الوضعين القانونيين المشار اليهما قد نشآ دون تدخل من ارادة الفرد. فالفرد، في المثل الاول، اصبح ناخباً بمجرد بلوغه سن الرشد الانتخابي وهو، في المثل الثاني، اصبح ابناً شرعياً بمجرد ولادته من ابوين متزوجين.

إلا ان هذه الاوضاع القانونية الموضوعية التي تجد اساسها في القانون الموضوعي (الوضعي) يمكن ان تعلق نشأتها على شرط القيام بعمل او تصرف معين.

فالموظف هو في وضع قانوني موضوعي، إلا انه لم يصبح كذلك الا منذ صدور قرار او تصرف معين وهو التعيين. والزوج هو ايضاً في وضع قانوني موضوعي إلا انه لا يكون كذلك إلا بعد الزواج (تصرف او عمل). لكن الزواج، والتعيين لا يخلقان الوضع القانوني (الموضوعي) الذي يوجد فيه الزوج او الموظف، اذ ان هذا الوضع يجد اساسه في القانون. وعليه فإن الزواج او تعيين الموظف ليسا مصدراً للوضع القانوني الموضوعي. فهذه الاوضاع تجد مصدرها في القانون الذي يخلقها. وكل ما

في الامر ان التعيين او الزواج هو شرط لتطبيق القانون على هذه الحالات (الاوضاع). ولذلك فإن العميد دكي يطلق على هذه التصرفات او الاعمال اسم "العمل او التصرف. الشرطي"[1].

فوجود هذه الاعمال الشرطية ضروري كشرط لتطبيق القانون الموضوعي الذي يجد فيه الوضع القانوني مصدره. فبدون تحققهما لا يطبق قانون الوظيفة العامة او قانون الاحوال الشخصية وبالتالي لا ينشأ وضع قانوني موضوعي للموظف او للزوج. فكما ان ادارة "المفتاح" يلاحظ الاستاذ فالين[2]، لا تخلق التيار الكهربائي، فإن العمل او التصرف الشرطي لا يخلق كذلك الوضع القانوني الموضوعي. فما يخلق الاوضاع القانونية هو القانون.

٢١٦ . الوضع القانوني الذاتي

و"الوضع القانوني الذاتي S.J.subjective" يتميز عن الوضع القانوني الموضوعي بصفته الخاصة والمؤقتة. والمثل الذي يساق للوضع القانوني الذاتي هو الوضع التعاقدي. فهو خاص لأنه لا يمس إلا اطراف العقد، وهو مؤقت لانه ينتهي او يستنفد بتنفيذ الاداء الذي تضمنه العقد. فعقد القرض بفائدة، مثلاً، هو خاص لأنه لا يتعلق إلا بالمقرض والمقترض، وهو مؤقت لأنه ينتهي بدفع الدين (مع فوائده)، بينما وضع الموظف (وضع قانوني موضوعي) لا ينتهي او يستنفد مهما قام الموظف باعمال او تصرفات ضمن وظيفته طالما بقي موظفاً. لكن السبب الخلاق للوضع القانوني الذاتي، كما في الوضع القانوني الموضوعي، هو القانون الموضوعي (القانون الوضعي) وان بدا ان هناك دوراً لارادة الافراد في ذلك. إلا ان هذه الارادة ليست إلا شرطاً لتطبيق القانون. فالوضع القانوني الذاتي يجد اساسه ومصدره، إذن، في القانون وليس في ارادة الافراد.

ان تحديد مضمون الوضع القانوني الذاتي (العقد) يقول دكي، هو "عمل ادراك Acte D'intelligence" وليس عمل ارادة، وبالتالي فإن دور المتعاقدين في انشاء الوضع القانوني الذاتي هو دور او عمل فكري. اما العمل الارادي فإنه يعزى الى القانون، اي ان القانون هو الذي اراد انشاء الوضع القانوني الذاتي وان هذا الوضع يجد اساسه ومنشأه في القانون وليس في ارادة الطرفين المتعاقدين. فلا يجب، اذن، ان نخلط بين تحديد مضمون الوضع القانوني وخلق او نشأة هذا الوضع، وعليه، يقول دكي، فإن كل الاوضاع القانونية، حتى الاوضاع التعاقدية، هي من خلق القانون[3].

٢١٧ . طرق القانون

واذا كان الوضع القانوني (الموضوعي او الذاتي) يجد اساسه في القانون، في القاعدة القانونية، فمن الممكن ان تخرق هذه القاعدة وبالتالي يتعرض الوضع القانوني للخطر. وعليه فقد بات من الضروري

اعلاه، بند ٨٧.

المذهب الفردي والقانون، المرجع السالف الذكر، ص٢٠٧.

لمذهب الفردي والقانون، ص٢٠٨،وانظر حول الاوضاع القانونية الموضوعية والذاتية، دكي، المطول، ج١، ص٢٠٧-٢١٥.

ضمان ما تأمر به القاعدة القانونية، سلباً او ايجاباً، ومن ثم حماية الاوضاع القانونية. لذا فإن القانون سيضع تحت تصرف الافراد وسائل من شأنها ان تضع حداً لخرق القانون (او تنفيذ اوامره) ولحماية الاوضاع القانونية. وهذه الوسائل هي ما يطلق عليها العميد دكي اسم "طرق القانون Les voies de droit". وعليه فإن طرق القانون هي كل وسيلة من شأنها ضمان الخضوع الى القاعدة القانونية، واهمها، بل اشهرها، من حيث الكمال هي "الدعوى"، ولكنها ليست الطريق القانوني الوحيد الذي يوضع تحت تصرف الافراد لضمان الخضوع للقاعدة القانونية وبالتالي لحماية الاوضاع القانونية.

ولكن السؤال الذي يثار حينذاك، والذي توقعه العميد دكي، هو التالي: حين تضع قاعدة من قواعد القانون الوضعي تحت تصرف الفرد طريقاً قانونياً، الا يعني ذلك ان هذا الفرد، الذي له مكنة اللجوء الى هذا الطريق، يملك حقاً او انه "صاحب حق"، وعندها الا يمكن القول ان هناك سلطة حقيقية قد نشأت بحيث تميز ارادة الفرد عن الارادات الاخرى فتعطيها صفة خاصة لا تملكها الارادات الاخرى؟ وحينذاك ألا نعود، مرة اخرى، الى فكرة الحق، والى الحق في تحريك الدعوى (الطريق القانوني).

ان اللجوء الى طريق من طرق القانون، يجيب العميد دكي، لا يتضمن مطلقاً وجود حق اي وجود سلطة تملكها ارادة معينة، فالحق ليس إلا سلطة خاصة ببعض الارادات ولا يمكن ان يكون غير ذلك[1]. ومن غير المعقول، يقول دكي، ان يولد حق في الجزاء، في التعويض نتيجة للعمل غير المشروع.

فخرق القانون لا يمكن ان ينشئ سلطة قانونية لمصلحة الفرد، اذ كيف ينشأ القانون من اللاقانون، يتساءل دكي؟ ومن يقيم دعوى بالتعويض لا يملك حقاً، اذ ان هناك خرقاً لقاعدة او مبدأ لا يمكن ان ينشأ عنه حق غير موجود قبل ذلك. فالشخص المدين لآخر بمبلغ اذا لم يدفع دينه، فهذا يعني انه خرق قاعدة قانونية تقضي بتنفيذ الالتزامات. فالدائن، عندها، يستطيع ان يحرك القوة الاجتماعية لإرغام المدين على التنفيذ اي على دفع مبلغ الدين. لكن هل يستطيع الدائن ان يفرض ارادته على السلطات العامة لمساعدته في استحصال المبلغ وهل ان ارادته لها صفة خاصة وبالتالي هي اعلى من ارادة وكلاء السلطة العامة؟ طبعاً لا. فمن يذهب الى المنفذ العدل مع حكم ويطلب منه مساعدته في التنفيذ، فذلك لا يعني ان ارادة صاحب الطلب اعلى من ارادة المنفذ العدل، فكل الارادات متساوية. ان ما يجعل المنفذ العدل ملزماً بالتنفيذ هو القانون وليس طلب الدائن الذي هو مجرد شرط لتطبيق القاعدة القانونية. والارادة الفردية، يقول دكي، لا يمكن، استناداً الى قوتها الذاتية، ان توجد الحماية الاجتماعية التي هي العنصر الجوهري لكل وضع قانوني. ولا وجود للحق ايضاً، وفقاً للعميد دكي، بالنسبة للافعال او الاعمال الموافقة للقانون. فالشخص الذي يمر في الطريق والمواطنون المجتمعون لمناقشة مسألة سياسية او فلسفية، والكاتب الذي ينشر كتاباً او مقالة في جريدة وممثل السلطة العامة الذي يقبض على مجرم، فكل هؤلاء لا يمارسون حقاً وفقاً للعميد دكي بل يقومون باعمال مادية لا صفة قانونية لها. وهذه الاعمال لا تكون

---

1) انظر: دكي، المطول، ج١، ص٢٢٦.

في دائرة القانون إلا اذا لقي من يمارسها مقاومة من الغير وهي مقاومة يمنعها القانون.

فالقانون يمنع هذه المقاومة ولكنه لا يمنح حقاً، وحين يفتح طريقاً قانونياً ضد من اعاق ممارسة هذه الاعمال، فهذا يعني ان الغرض منها ليس حماية حق وانما لوضع حد لمعارضة الغير التي من شأنها ان تخرق القانون. فالدعوى (الطريق القانوني) تبغي حماية القانون من الخرق (حين يمنع اعاقة الاعمال التي يقوم بها الافراد) ولكنها لا تحمي حقاً بممارسة عمل[1].

(١) CF. J.DABIN: Le Droit subjectif. PARIS.Dalloz.1952.p.10- 11.

الفصل الثاني
حقيقة الحق

§١ خصوم وأنصار فكرة الحق

أولاً ـ قيمة أطروحة العميد دكي

في كتابه "الحق le Droit subjectif" يتصدى الاستاذ البلجيكي دابا، في صفحات طويلة[1]، لاطروحة العميد دكي المنكرة لفكرة الحق. ولكننا نعتقد ان جوهر "انتقادات" الاستاذ دابا ينصب على ثلاث مسائل اساسي في اطروحة العميد دكي.

٢١٨ . الحق في إقامة وتطبيق القاعدة القانونية

ان المسألة الاولى تتعلق بمدى علاقة الحق بالقاعدة القانونية او بالقانون الموضوعي وربما الادق ان نقول بالقانون الوضعي، وذلك في وجوده وفي تطبيقه.

فالقانون الوضعي، يقول الاستاذ دابا، مدين بوجوده لارادة خلاقة هي ارادة الحكام. وقد يضع الحكام القانون بشكل تحكمي اي دون التقيد، في عملهم هذا، بقواعد سابقة الوجود. وعندها فإن "الارادة الذاتية لمن يقبض او يقبضون على السلطة هي وحدها اساس القانون الموضوعي". وحتى في حالة "دولة القانون" حيث ان اقامة القانون الموضوعي (الوضعي) تخضع لقواعد اختصاص واجراءات، فإن القاعدة تبقى عملاً شخصياً وذاتياً لواضعها المؤهل لمثل هذا العمل.

بناءً عليه فإن من يقل خلق القاعدة يقل حقاً ذاتياً في الخلق متميزاً في ذات الوقت عن القاعدة الموضوعة وعن القاعدة الاصلية التي حددت الاختصاص لوضع القاعدة[2].

فهناك، اذن، "حق" في وضع القاعدة القانونية سواء اتبعت اجراءات معينة في ذلك أم لم تتبع (لعدم وجودها اصلاً). ووجود "الحق" لا يقتصر، بالنسبة للاستاذ دابا، على وجود او اقامة القانون الوضعي فقط، بل يظهر ايضاً في مرحلة اخرى من حياة القاعدة القانونية: التطبيق. ففي هذه الحالة هناك "حق" باحترام القانون الوضعي اي ان للافراد حقاً في المطالبة بالتطبيق الصحيح للقاعدة القانونية. فالافراد لهم "مصلحة" بأن يحترم الجميع، حكاماً ومحكومين،

---

(١) انظر، بالأخص، ص٢٠ - ٣٢ من هذا الكتاب.

(٢) انظر: دابا، الحق، المرجع السالف الذكر، ص٢١.

القانون الموضوعي (الوضعي). ففي ذات الوقت الذي يوجد واجب الخضوع للقانون، فإن هناك "حقاً" في الاحترام الدقيق لاوامره. فالحق موجود، إذن، في اصل (خلق) وفي نهاية (تطبيق) القانون الموضوعي (الوضعي).

إلا اننا نلاحظ ان وضع القاعدة القانونية (القانون الوضعي) لا يعطي "حقاً" لواضعها. فالقابض على السلطة خارج "دولة القانون"، إن صح التعبير، يقبض على سلطة فعلية ويمارس سلطة فعلية هي التي تنجم عنها القاعدة القانونية. لذا فهو لا يملك حقاً (قانونياً) لا في القبض على السلطة ولا في ممارستها وبالتالي ليس في وضعها ايضاً. اما في حالة وضع القاعدة القانونية، وفقاً لاجراءات معينة تحدد اختصاص واضع القاعدة، فإنه ايضاً لا يملك حقاً في وضعها، بل يمارس اختصاصاً اي يمارس سلطة في حدود عينها القانون الوضعي. فمن اين جاء في هذه الحالة ايضاً الحق في وضع القاعدة القانونية؟ من الصعب التسليم بوجود مثل هذا "الحق". وفي حالة تطبيق القاعدة، بعد خلقها او وضعها، فإنه ايضاً من الصعب التسليم بوجود "حق" للافراد باحترام تطبيق القانون الوضعي.

صحيح ان مصلحة الفرد والكل ان يطبق القانون (وقد لا يكون ذلك في مصلحة البعض) إذ ان خرقه قد يخل بحياة المجتمع، ولكن هذه المصلحة لا يمكن ان تكون "حقاً" (ذاتياً) للافراد في احترام المشروعية كما قيل، فالمصلحة مهما كانت منطقية تبقى "واقعاً" والواقع لا يمكن ان ينجب حقاً قانونياً.

٢١٩ . الحق موجود في الوضع القانوني

ويذهب الاستاذ دابا، في نقده لاطروحة العميد دكي، الى حد القول بوجود "الحق" في كنف "الوضع القانوني" نفسه، فالوضع القانوني، يقول الاستاذ دابا، هو ايجابي وسلبي ويترجم باعباء (التزامات) او بميزات.

واذا كان الوضع القانوني ايجابياً فهذا يعني ان هناك ميزات يستطيع المنتفع التمسك بها والمطالبة باحترامها، وعندها الا يمكن الكلام عن وجود حق في الوضع القانوني الايجابي؟ فالقانون الموضوعي (الوضعي) حين يمنح الفرد وضعاً ايجابياً، الا يعني ذلك ان القاعدة القانونية تمنحه في ذات الوقت حقاً اي ميزة في مقابل الغير يحميها القانون الموضوعي (الوضعي)؟ واذا كان للفرد مصلحة فله، بناءً عليه، حق في هذه المصلحة. ولما كان له حق فإن القانون يضع تحت تصرفه "طرقاً قانونية" لحماية هذا "الحق"[1].

إلا اننا نلاحظ ان منطق حجة الاستاذ دابا يستند الى القياس المنطقي التالي: ان الوضع القانوني يعطي مصلحة او ميزة لمن هو فيه، وحيث ان كل مصلحة هي حق، لذا فإن هناك حقاً في الوضع القانوني. ولكن النقطة الواجبة الاثبات هي: هل كل مصلحة (حتى المحمية) هي حق؟ هذا ما لم يقله العميد دكي ويريد ان يقوله الاستاذ دابا. وعليه فليس من الصحيح القول ان المالك

---

(١) انظر: دابا، الحق، ص٢٢-٢٣.

والغاصب كلاهما يستعمل الشيء (المملوك)، لكن بما ان المالك له "حق" فله اللجوء الى طرق القانون لحماية هذا الحق، بينما لا يستطيع الغاصب ذلك. اما في فكر العميد دكي فإن معارضة او اعاقة استعمال الشيء معناها خرق القانون الذي يمنح للمالك التمتع بالشيء ويمنع غيره من ذلك وخرق القانون يفتح باب "الطريق القانوني" وليس خرق "حق" الملكية.

٢٢٠. الحق في طرق القانون

ومن هذا المنطلق، الذي يقضي بأن طرق القانون ليس إلا نتيجة لوجود الحق، يذهب الاستاذ دابا الى القول: "كيف... ننكر وجود حق في طرق القانون هذه حيث نص عليها القانون الوضعي؟... لماذا لا نعترف ان مجرد المكنة في تحريك الطريق القانوني هو اعطاء حق في الطريق القانوني؟ لأنه اذا كان صحيحاً ان الفرد الذي يقيم دعوى "يتصرف وفقاً للقانون" فكذلك صحيح ان القانون، من جهة، هو الذي يعطي الصفة للتصرف، ومن جهة اخرى، يترك الفرد حراً لأن يتصرف او لا يتصرف بحيث انه اذا تصرف، فإنه يمارس حقاً يتمشى في الواقع مع القانون الذي يعطيه هذا الحق"(١).

وعليه يمكن ان نتساءل، يقول الاستاذ دابا، اذا كان اعطاء طريق قانوني لا يعني بالضبط الاعتراف بحق ليس بالطريق القانوني فحسب وانما ايضاً في القيمة او المصلحة التي يحميها الطريق القانوني: فالحق في الحماية الا يتضمن حقاً في المال المحمي؟

إلا اننا نلاحظ ان منطق الاستاذ دابا هو التالي: ان وجود الحق يؤدي الى وجود طرق القانون (لحماية الحق) وبالتالي الى وجود حق في طرق القانون او في اللجوء اليها بعبارة ادق. وعليه فإن افتراض وجود الحق في طرق القانون يفترض وجود الحق. وهكذا نعود الى نقطة البدء: كيف وجد الحق وما هو الحق بالضبط؟ عندها يجيب الاستاذ دابا ان الحق هو "مكنة التصرف" واذا مورست هذه المكنة فإنما نمارس "حقاً". ولكن نسأل: هل هذا هو "الحق" الذي حدده العميد دكي ومنه انطلق لمحاربته وانكاره، ام هو "الحق" كما يريده ويعرّفه الاستاذ دابا؟ ان تصدي الاستاذ دابا الى اطروحة العميد دكي كان، تقريباً، يستند الى منطلقه هو عن الحق. فالاستاذ دابا لم يسلم بمنطلقات العميد دكي حول فكرة الحق ويحاول ان يثبت تناقضاتها او يريد ان يثبت ان حجج دكي "ذات مظهر منطقي ولكنها تخطئ بحق المنطق" كما يقول!

٢٢١. ميتافيزيقية فكرة الحق

ان التصدي "المنطقي" الوحيد، في رأينا، لاطروحة العميد دكي هو حينما حاول الاستاذ دابا ان يثبت ان فكرة الحق ليست ميتافيزيقية. فالعميد دكي يقول ان "الحق" مفهوم ميتافيزيقي لأنه

---

(١) دابا: الحق، ص٢٣-٢٤.

يتضمن علوية ارادة صاحب الحق على ارادة الشخص او الاشخاص الملزمين باحترامها والخضوع لها. وهذه العلوية . الخضوع، تصيب جوهر الارادات، وهذا مستحيل او على كل حال لا يمكن اثباته من دون تدخل قوة عليا. ان مثل هذا التفسير، الذي هو بالاحرى مادي وليس ميتافيزيقياً، لا يمكن قبوله يقول الاستاذ دابا، فالقول بوجود حقوق يمنحها القانون الموضوعي (الوضعي) لايعني مطلقاً وجود تدرج بين الارادات يترجم بزيادة عند ارادة ونقص في الارادة الاخرى. فمن الناحية الطبيعية و"النفسية" تبقى الارادتان من دون تغيير. فما نقره هو وجود قيمة عند احدى الارادات او الاشخاص يحميها القانون وبالتالي يجب ان تحترم من قبل الآخرين. وهذا الاحترام يتضمن بلا شك التزاماً وليس انتقاصاً في الارادة. وكذلك فإن المكنة باقتضاء احترام ما يعود إلى شخص لا يعني، بالنسبة لصاحب الحق، اية علوية لارادته: فهو بكل بساطة يستطيع ان يطلب الامتناع عن كل اعتداء على حقه. والوضع لا يختلف في حالة "حق الدائنية". فلأن الدائن له حق في ان يطلب من مدينه اداءً او خدمة، لا يعني ان ارادة الأول تكتسب علوية، حتى ولو كانت مؤقتة، على ارادة الثاني[1]. وكل ما في الأمر إننا بصدد حقيقة، ليست مادية ولا ميتافيزيقية، بل قانونية وهي: ان فرداً يُمنح ميزة تؤهله لاستثمارها. وهذا القول يوصلنا، الآن، الى اطروحة الاستاذ دابا عن الحق.

ثانياً ـ اطروحة الاستاذ دابا

٢٢٢ . الانتماء والسيطرة

ان مفهوم الحق عند الاستاذ دابا يعني اولاً وجود "رابطة انتماء او عائدية Lien d'appartenance" يقرها او يخلقها القانون الموضوعي (الوضعي) بين شخص وشيء يمثل بالنسبة لهذا الشخص مالاً، قيمة، مصلحة تعود إليه بصورة مباشرة او غير مباشرة. ففي بداية الحق كان "التملك l'avoir" . وهذا الشيء التابع يمكن ان يكون احد عناصر الشخصية او تابعاً لها (الحياة، السلطة المادية او الفكرية، التصرفات، الاعمال...)، او شيئاً مادياً او غير مادي او عملاً يؤدى بشكل دين ملزم. وفي هذه الحالة الاخيرة فالانتماء (او العائدية) غير مباشرة اذ يبلغ هدفه بوساطة المدين. والانتماء يولد بالنسبة لصاحب الحق ولمصلحته "مكنة سيطرة pouvoir de maîtrise" على الشيء الذي هو موضوع التملك وفي ذات الوقت حقاً على هذا الشيء، اي مكنة في حرية التصرف.

فالحق في حرية التصرف مطلق الى حد ما وفقاً لكون الشيء الخاضع للعائدية مادياً محضاً او يتعلق بالشخص الانساني او بصاحب الحق نفسه او، في حالة الالتزم بالمدين.

---

(١) انظر: دابا، الحق، ص٣٢-٣٤.

٢٢٣ . الاحترام والحماية القانونية

الانتماء والسيطرة يفرضان "احترام الكل" . فالغير، بصورة عامة ملزم بواجب الامتناع. والمدين، في حالة الالتزام، ملزم شخصياً بالاداء. وفي كل الاحوال فإن الانتماء والسيطرة يتمتعان بحصانة بحيث ان صاحب الحق له دائماً مكنة "الطلب الأمر l'exigence" بان يحترما فعلاً.

ومن اجل ضمان هذه "الحصانة" ومن اجل جعل الطلب الآمر او الاقتضاء ناجعاً ومنظماً، فإن المجتمع يضع تحت تصرف صاحب الحق، في حالة الخرق الفعلي او الاحتمالي، طرقاً قانونية وقائية او رادعة تكون موضوع حق، جديد يكون تابعاً للحق المحمي ويعود لنفس الشخص وله نفس صفات هذا الحق[(١)] .

٢٢٤ . تعريف الحق

واستناداً الى ما تقدم فإن الاستاذ دابا يستخلص التعريف التالي للحق: "الحق ميزة يمنحها القانون الموضوعي (الوضعي) لشخص وتحميها طرق قانونية تخول هذا الشخص التصرف في مال اقر بانتمائه اليه، سواء باعتباره ملكاً له أم باعتباره شيئاً مستحقاً له في ذمة الغير"[(٢)] .

§٢ـ ماهيـة الحـق

أولاً ـ قيمة أطروحة الأستاذ دابا

٢٢٥ . خلفيـة المحاولـة

ان محاولة الاستاذ دابا لتعريف الحق، وان كانت من المحاولات المهمة في الفقه المعاصر، فإنها، في الحقيقة، رد غير مباشر على انتقادات العميد دكي لفكرة الحق، كما انها تتجنب، فيما تعرضه، النقد الذي وجهه العميد دكي الى فكرة الحق. فالاستاذ دابا يعتقد ان المفهوم او التعريف الذي يعطيه دكي لفكرة الحق غير دقيق لكي يستبعدها وذلك لعدم امكان اثبات معطياتها او عناصرها[(٣)] .

فلنتذكر، اذن، ما قاله العميد دكي بصدد فكرة الحق. يقول دكي ان فكرة الحق اما انها لا

(١) انظر: دابا، الحق، ص١٠٢ـ١٠٤.

(٢) دابا: الحق، ص١٠٥.

ومن تعريف الاستاذ دابا للحق، علينا ان نقرب تعريف الحق في مشروع القانون المدني العراقي. فالمادة ٨٧منه تنص على ان "الحق ميزة يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة اجتماعية" . وتنص المادة ٨٨ على ان "الحق العيني ميزة يمنحها القانون لشخص معين على مال معين تمكنه، دون وسيط، من التصرف والانتفاع به، باستعماله واستغلاله او مجرد الانتفاع به" . اما المادة٨٩ فتنص على ان "الحق الشخصي ميزة يمنحها القانون لشخص معين تمكنه من مطالبة شخص آخر باداء معين مستحق له في ذمته، وقد يكون الاداء عملاً او امتناعاً عن عمل" .

(٣) انظر: دابا، الحق، ص٦.

شيء او انها سلطة خاصة بارادة شخص تفرض بهذه الصفة على ارادات اخرى. فالحق هو سلطة ارادة تتضمن خضوع ارادة بشرية لارادة بشرية تتمتع بهذه السلطة. فالحق هو هذا ولا يمكن ان يكون غير هذا. هو هذا او هو لا شيء [1]. واذا كان هذا ما يقوله دكي عن "الحق" لنر الآن مدى نجاح الاستاذ دابا في مسعاه لتحديد فكرة الحق.

٢٢٦ . الانتماء خاصية في الشيء

ان اول عنصر من العناصر الاربعة التي يتكون منها تعريف الاستاذ دابا للحق، هو ما يسميه "الانتماء".

ومهما كان التفسير الذي يعطيه الاستاذ دابا للانتماء، فهو، في جوهره، ليس إلا علاقة بين الشخص والشيء. عندها نسأل: هل تكون العلاقة او الرابطة بين الشخص (الانسان) والشيء، ام بين الشخص والشخص، وهذا ما تضمنه دائماً، في الواقع، المفهوم التقليدي لفكرة "الحق". إلا ان العلاقة بين شخصين لا يمكن ان تكون علاقة ميكانيكية بين "معطيتين"، بل هي في الواقع علاقة بين ارادتين، ولا يمكن ان تكون غير ذلك. واذا كان في الانتماء المباشر (الملكية) بعض الشك في ظهور الارادة، فإنه ليس كذلك فيما سمي بالانتماء غير المباشر (حق الدائنية)، ففي هذه الحالة لا يتحقق الانتماء إلا بتنفيذ المدين لالتزامه طوعاً او اجباراً، وعندها تظهر العلاقة بين شخصين، الدائن والمدين وتظهر الارادة في هذه الحالة من حالات الانتماء غير المباشر، فالاداء المستحق للدائن لا يتحقق إلا عن طريق تنفيذ المدين لالتزامه.

واذا كانت فكرة "الانتماء" يمكن تصورها بالنسبة للاشياء، فكيف يكون الامر كذلك بالنسبة للحياة وسلامة البدن مثلاً. فهل توجد بالنسبة للحياة وسلامة البدن فكرة "المتاع او التملك l'avoir"، التي هي في بداية الحق كما يقول الاستاذ دابا؟ ان الحياة وسلامة البدن جزء من الشخص وبالتالي لا يمكن ان نتصور ان تكون ضمن الانتماء وضمن فكرة المتاع. وكذلك فإن الواجبات الطبيعية والوظائف كالسلطة الابوية او السلطات التي تعود الى هيئات تمثل شخصاً معنوياً، لا يمكن ان تكون ضمن فكرة الانتماء بخلاف ما يذهب اليه الاستاذ دابا [2]، فالسلطة الابوية وان عادت الى الاب والام، إلا انه لا يمكن اعتبارها ملكاً لهما. فالتصوير الصحيح والدقيق لهذه الحالة هو في فكرة الوضع القانوني، فالأب او الأم في وضع قانوني يمارس من خلاله الاختصاص الذي منح له. بعبارة اخرى ان الاب (او الام) هو في وضع (مركز) يؤهله لممارسة سلطة اي اختصاص وبالتالي فليس له حق في ممارسة هذا الاختصاص. والدليل على ذلك ان السلطة الابوية يمكن ان تسلب من الاب او الام في حالة اساءة استعمالها، فكيف يجوز ذلك اذا كانت موضوع انتماء؟ وذات الشيء، ان لم يكن من باب اولى، بالنسبة للهيئات التي تمارس اختصاصات معينة لحساب شخص معنوي، فليس لها حق في الوظيفة التي تمارسها، انما هي في وضع قانوني في الحقيقة.

---

(1) انظر: دكي، المطول، ج١، ص٢١٧، وانظر: اعلاه، بند٢١٥.

(2) انظر: دابا، الحق، ص٨٤.

٢٢٧ . السلطة خاصية في الشخص

لنفرض جدلاً، ان الارادة لا تظهر بشكل واضح في عنصر الانتماء او العائدية، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لعنصر السيطرة او السلطة. فاذا كان الانتماء خاصية في الشيء، فإن السلطة خاصية في الشخص تنصب على الشيء. وعليه فإن العنصر الشخصي في الحق هو السيطرة او السلطة والعنصر الموضوعي هو الانتماء او العائدية. واذا كانت السلطة او السيطرة خاصية في الشخص تنصب على الشيء، فمعنى هذا ان السلطة تتضمن التصرف بالشيء والتصرف يفترض الارادة.

والخاصية في الشخص التي تنصب على الشيء لا يمكن ان تدرك إلا كعلاقة الشخص (صاحب السلطة) بالاشخاص الآخرين من خلال الشيء ومن خلال التصرف به، وكل ذلك يفترض الارادة او وجود الارادة. والسلطة، بعد هذا، لا توجد بذاتها ولذاتها، وانما توجد لتمارس، وممارسة السلطة معناها اظهار ارادة من يمارس السلطة. واذا كانت السلطة وممارستها تتطلب الارادة فمعنى هذا ان القاصر، ناقص الارادة، لا يمكن ان يكون صاحب حق، ولكي يكون القاصر صاحب حق فقد طمست الارادة في العنصر الثاني من عناصر الحق، فقيل ان له الانتماء والسلطة اللتين لا تفترضان الارادة، لان السلطة نتيجة للانتماء فحيث يكون الانتماء تكون السلطة.

إلا اننا نقول حيث تكون السلطة تكون الارادة ايضاً، فإذا كانت السلطة هي حرية التصرف في الشيء موضوع الحق، فهذا يعني ان الارادة موجودة، لأن التصرف يفترض الارادة. فالسمة المميزة للحق هي مكنة التصرف في الشيء على نحو يقتضي السيطرة والتسلط، والتصرف او مكنة التصرف تفترض، بل تقوم، على الارادة. وللخروج من هذا المأزق قيل انه ليس من الضروري ان تكون السلطة (السيطرة) فعلية، بل يكفي ان تكون حكمية. وعليه فإن نقص الاهلية وان منع من وجود السلطة الفعلية او المادية فإنه لا يحول دون بقاء السلطة الحكمية (القانونية). وهذا كله لكي يصل صاحب النظرية الى هذه النتيجة وهي: ان الارادة ليست عنصراً لازماً في تعريف او وجود الحق، لأنها ليست كذلك لا في الانتماء ولا في السلطة.

إلا ان المسألة ليست مسألة وجود سلطة فعلية او حكمية، لان السلطة بذاتها تفترض وتتطلب الارادة وبالتالي فهي من مكونات او عناصر الحق، فالارادة، مهما قيل، يجب ان توضع او تظهر في قلب مفهوم الحق، لأنه إذا كان أساس الحق هو السلطة، فلا سلطة بدون ارادة! واذا كانت السلطة تفترض الارادة، فالانتماء يجب، اذن، ان يكون كذلك. وعندها كيف يمكن القول ان الانتماء والسلطة يوجد كلاهما عند القاصر وهو لا يملك او لم تكتمل عنده الارادة؟

٢٢٨ . الغير من عناصر السلطة

واذا كان الانتماء والسلطة (السيطرة)، بالنسبة للاستاذ دابا، عنصرين لابد منهما في الحق، فإن هذين العنصرين لا قيمة لهما الا بوجود عنصر ثالث هو الغير لكي تمارس السلطة تجاهه. إلا ان السلطة لا توجد، او، بعبارة ادق، لا تدرك الا بوجود الغير، بل هي تفترض ذلك، لذا فإن الغير ليس عنصراً من عناصر الحق بقدر ما هو عنصر من عناصر السلطة، اذ لا سلطة بدون "غير"

تمارس تجاهه. وبهذا المعنى نستطيع القول ان الغير ليس عنصراً ثالثاً من عناصر الحق بقدر ما هو عنصر من عناصر السلطة. وحيث انه من الصعب التمييز (الا تصوراً) بين الانتماء والسلطة، وحيث ان السلطة تفترض العلاقة مع الآخر، لذلك قلنا ان الانتماء، في بعده الاخير، لا يمكن ان يكون علاقة بين شخص وشيء. وعليه فإذا اعتبرنا ان الغير هو جزء من عنصر السلطة (التي تفترض ذلك) فليس من الصحيح القول ان الحق لا ينشأ إلا بوجود الغير، فقبل ذلك لا يوجد الا انتماء وسلطة. فالشخص الذي يوجد وحده كروبنسون، له، وفق منطق الاستاذ دابا، الانتماء (على الاشياء) والسلطة ولكن لا وجود للحق. في الواقع ان الصحيح هو القول ان لا وجود للقانون الموضوعي في هذه الحالة وليس الحق. فالقانون يفترض وجود العلاقة ما بين الافراد واذا لم يوجد القانون (الموضوعي) فلا وجود اصلاً للحق الذي منه ينحدر واليه يستند.

وفي وجود الغير تظهر الارادة ايضاً، حيث ان على الغير واجب عدم الاعتداء او العدوان على "الحق". وعنصر الارادة ظاهر سواء أكان هذا "الواجب" مطلوباً في حالة الانتماء المباشر أم في حالة الانتماء غير المباشر. ففي حالة الانتماء المباشر، حيث ينتمي الشيء مباشرة الى الشخص دون وسيط (بين الشيء والشخص)، يقع على جميع الناس واجب عدم الاعتداء على الانتماء والسلطة اللذين توافرا للشخص، بمعنى ان هناك واجباً سلبياً عاماً يقع على جميع الناس يقتضيهم عدم العدوان على انتماء الشيء للشخص وسلطة الشخص على ذلك الشيء. لكن ماذا يعني هذا "الواجب" غير وجود التزام على الاشخاص (كل الناس) تجاه صاحب الحق بعدم العدوان على حقه. ومن يقل واجباً او التزاماً يقل علاقة اشخاص، ومن يقل علاقة اشخاص يقل علاقة بين ارادتين او اكثر. والارادة تظهر بشكل واضح في الالتزام بعدم الاعتداء على الحق في حالة الانتماء غير المباشر حيث يوجد وسيط بين الشيء والشخص (صاحب الحق) هو المدين. فيقع على المدين واجب عدم الاعتداء على انتماء الاداء للدائن ويكون هذا عن طريق تنفيذ المدين لالتزامه، فيقوم بالعمل الذي التزم به في مواجهة الدائن، وقيامه بذلك الا يعني وجود علاقة بين ارادتين: الدائن والمدين؟

واذا انتقلنا الى الجانب او الوجه الآخر لوجود الغير وهو مكنة صاحب الحق بأن يطالب بعدم العدوان، فإن المطالبة تتضمن اظهار الارادة لأن "صاحب الحق" يطالب الغير، والمطالبة ليست إلا علاقة والعلاقة تفترض الارادة دائماً.

وعليه فإن في "العنصر الثالث" من عناصر الحق (وجود الغير) توجد الارادة بشكل اكيد في وجهه السلبي (واجب عدم العدوان) والايجابي (المطالبة بالكف عن العدوان). وكما لاحظ الدكتور عبدالحي حجازي فإن الحق "لا يوجد...الا بوجود الغير الذي يسري في مواجهته الانتماء والسلطة وبوجود الغير تنشأ الى جوار صلة الانتماء التي تكون بين الشخص والشيء علاقة اخرى تكون بين الشخص والغير يكون محلها الانتماء والسلطة. واذن يفترض الحق حتماً ان تكون هناك علاقة بين اشخاص"(1). وحيث توجد علاقة بين اشخاص، توجد علاقة بين ارادتين او اكثر.

---

(1) عبدالحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج٢، ١٩٧٠، ص١٠٥ - ١٠٦.

٢٢٩ . الحق والحماية القانونية

والعنصر الرابع من عناصر الحق، وفقاً للاستاذ دابا، هو الحماية القانونية او طرق القانون. لكن هل تعتبر الحماية جزءاً من الحق ومن عناصره ام ان اللجوء اليها يفترض وجود الحق؟

في المنطق التقليدي لانصار فكرة الحق تعتبر الحماية القانونية عنصراً اساسياً لا يمكن ان يوجد الحق بدونها، فهي من مكونات الحق. وليس ادل على ذلك من التعريف الشهير للحق الذي اعطاه الفقيه الالماني اهرنك حين قال ان "الحق مصلحة يحميها القانون". والاستاذ دابا نفسه يعترف بأن الحماية القانونية هي العنصر الاساس للحق. فهل يعني هذا ان الحق لا يوجد إلا بوجود الحماية القانونية؟ ان الاستاذ دابا لم يذهب الى هذه النتيجة المنطقية، وانما اكتفى بالقول بأنه على صعيد القانون الوضعي نستطيع ان نؤكد ويجب ان نؤكد، مع اهرنك، أن الحق الكامل هو الحق الذي يحميه المجتمع.

وطالما لم توجد هذه الحماية وتنظم، فالحق، من الناحية القانونية، ناقص رغم وجوده على الصعيد الاخلاقي، فالدعوى او طريق القانون ليست إلا نتيجة للحق وضمانته. "فمن الناحية القانونية، ان لم يكن من الناحية الاخلاقية، ومن الناحية الاجتماعية ان لم يكن المنطقية، لا يكون هناك حق إلا حين نستطيع اللجوء الى الدولة لاجل تحقيق انتصاره"[1].

فهل هناك، اذن، "حق ناقص"؟ ام ان الحق يوجد لكي يُضمن وبالتالي فإن الحماية القانونية (طرق القانون) لاحقة، ولو كانت ضرورية، لوجود الحق؟ يبدو ان رأي الاستاذ دابا ليس واضحاً في هذا المجال ربما لتجنب التعرض لعدد من التناقضات المنطقية. فاذا كانت الحماية القانونية (الدعوى) جزءاً اساسياً من الحق فمعنى هذا ان افتقادها هو افتقاد الحق ايضاً، فكيف يمكن اللجوء اليها، اذن، لحماية حق لا وجود له؟ اما اذا كانت نتيجة ضرورية للحق، فمعنى هذا أن الحق يوجد بدون حماية قانونية وان دور هذه الحماية هو تحقيق انتصار الحق لا وجوده وبالتالي فهي ليست بعنصر اساس من عناصر الحق. وعندها كيف نعرف الحق، مع الاستاذ دابا، بأنه ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية؟ وهذه المشكلة تثير، في الواقع، تساؤلاً كبيراً حول فكرة او تعريف الحق عند الاستاذ دابا.

٢٣٠ . عناصر الحق الأربعة

ان الحق عند الاستاذ دابا وحدة متكاملة بعناصره الاربعة: الانتماء، سلطة السيطرة، وجود الغير او المطالبة الآمرة والحماية القانونية. عندها أيجوز عزل هذه العناصر بعضها عن البعض الآخر والقول بوجود "الحق" مع هذا؟ يجوز القول بوجود الحق ببعض عناصره دون البعض الاخر؟ الجواب، في بعض الاحيان، غير واضح كما في حالة الحماية القانونية. وفي احيان اخرى يقضي "المنطق" بضرورة وجود الحق ببعض عناصره. فمثلاً كيف يكون لصاحب "الحق" مكنة المطالبة الآمرة بعدم الاعتداء على حق لم يوجد بعد او انها ستكمّل حقاً لم يكتمل بعد. ولكن

---

[1] دابا: الحق، ص٩٨.

على اي اساس، عندما، تقوم هذه المطالبة الآمرة؟ لابد من القول ان المطالبة الآمرة هي نتيجة الحق، وبالتالي فإنها تفترض وجود الحق. ولكن كيف يوجد الحق بدون عنصر المطالبة؟ هل يمكن القول بأن الحق موجود قبل المطالبة باعتباره انتماء وسلطة فقط؟

ومن ناحية اخرى يمكن ان نتساءل ايضاً، اذا كانت عناصر الحق الاربعة، عند الاستاذ دابا، لا تتضمن او لا تفترض الارادة اوجودها، لكن ألا تفترض الارادة لممارستها؟

فما معنى الحق الذي لا يمارس؟ ان الحقوق، كما لوحظ، لا تنتج اثرها إلا باستعمالها[1].

ان الاتجاه في طمس الارادة، في تعريف او تحديد عناصر الحق، يمليه، في الواقع، رد الفعل ضد المذهب الذي يقول بأن الارادة هي جوهر الحق، وهذا ما تصدى له العميد دكي منكراً فكرة الحق ذاتها. وامام هذه الحقائق والوقائع يعترف بعض الفقهاء بدور الارادة، إلا انهم يسبغون عليها دوراً ثانوياً.

٢٣١ . دور الإرادة في الحق

اذا كان للارادة دور في مجال القانون، يقولون، فإن هذا الدور ليس بالاساسي، فالارادة هي اداة في خدمة مصلحة. "فليست الارادة هي التي تأمر، بل مصلحة (او خير) الجماعة او الفرد"[2]. فحين تأمر هيئة عامة فليس ارادتها بذاتها هي التي تفرض على الارادات الاخرى وانما المصلحة العامة هي التي تفرض اي ان الهيئة العامة تأمر باسمها وتعمل على تحقيقها باوامرها. فالمواطنون لا يطيعون، اذن، ارادة فرد تعلو عليهم، بل ان طاعتهم هي للصالح العام. وذات الشيء في العلاقات بين الافراد. فعندما يقرر المالك استعمال الشيء الذي يعود إليه، فإن الذي يفرض الاحترام على الغير ليس ارادته ذاتها لكن مصلحته المشروعة التي من اجلها منحت له السلطة. وعليه فإن الارادة هي في خدمة مصلحة الافراد او مصلحة المجتمع. بهذا المعنى ان الارادة ليست هي التي تأمر، انما خير الانسان هو الذي يأمر.

وعلى هذا النحو أعتقد انه يمكن الافلات من اعتراض العميد دكي على فكرة الحق، فالارادة، في هذا المذهب، لا يمكن ان تعلو على الارادات الاخرى، كارادة، بل بصفتها كإرادة في خدمة مصلحة تأمر بالاحترام وحتى بالخضوع[3].

وعليه فإن للحق، في هذا المذهب، عنصرين بدلاً من اربعة عناصر كما عند الاستاذ دابا. والعنصر الاول، جوهري وله الاولوية ويكون اساس الحق، هو المصلحة او الخير الفردي او الجماعي. والعنصر الثاني ضروري لتحقيق الخير غير انه ثانوي وهو الارادة التي تلعب دوراً كبيراً في استعمال الحق لكن لا قيمة لها إلا بالنسبة للعنصر الاول كاداة لتحقيقه. ولما كان للارادة دور ثانوي في تكوين الحق فإن هذا يفسر ان الطفل غير المميز او المجنون الذي يفتقد الارادة يمكن ان يكون صاحب حق، اذ ان مصلحته ستتحقق من قبل من يمثله وهو الوصي.

---

(1) نظر: برت دلاكرساي ولابورد . لاكوست، مدخل عام الى دراسة القانون، ص٣٤٧.

(2) رت دلاكرساي ولابورد . لاكوست: مدخل، ص٣٤٥.

(3) نظر: برت دلاكرساي ولابورد . لاكوست، مدخل، ص٣٤٦.

ولا نرى من الضروري الرد على هذا المذهب، بل نكتفي بالاشارة الى انه يتضمن رد اعتبار للارادة التي يبدو ان الاستاذ دابا قد انكرها بشكل مطلق.

ثانياً. طبيعة الحق

٢٣٢ . معطيات المشكلة

ان فكرة الحق والوضع القانوني مفهومان يمكن ان يساعدا على فهم الواقع الانساني والاجتماعي من الناحية القانونية. فالمفاهيم القانونية ليست "حقائق" ثابتة، بل وسائل نستخدمها او نلجأ اليها لتساعدنا على ترجمة الواقع من الناحية القانونية. والمفاهيم، ومنها المفاهيم القانونية، هي وليدة مرحلة تأريخية وبالتالي فإنها تتأثر بالآراء والمبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفلسفية السائدة في تلك المرحلة. فليس لها، اذن، قيمة مطلقة بذاتها او هي لا توجد لذاتها وبذاتها. فهل ان مفهوم الحق (على الأقل في مفهومه التقليدي) اكثر تمشياً مع المرحلة التأريخية الليبرالية، وهل ان مفهوم الوضع القانوني هو اكثر قبولاً في المرحلة الاشتراكية من تأريخ الانسانية، ام اننا في مرحلة وسيطة تقضي بالتعايش بينهما؟ لا يمكن، على ما نعتقد، حسم هذا السؤال بنعم او لا، بكل بساطة.

فالحقيقة هي اننا نجد انفسنا امام واقع اجتماعي معين ويجب ان نفهمه من الناحية القانونية. ففكرة الحق، في صياغتها التقليدية، وحتى في صياغتها المعاصرة، قد تبدو متطرفة ولا تترجم الواقع. ومفهوم الوضع القانوني قد يبدو متطرفاً ايضاً إن اراد تفسير كل شيء على الصعيد القانوني. لذلك فإن فكرة استبعاد كل مفهوم للآخر لا تبدو "علمية"، اذ يمكن التسليم بتعايش هذين المفهومين. ففي العديد من الحالات قد تسعفنا فكرة الحق بمفهومها "الصحيح" على تفسير وادراك الكثير من العلاقات والتصرفات الانسانية. وقد تسعفنا في حالات اخرى، فكرة الوضع او المركز القانوني على تفسير وادراك العديد من العلاقات والتصرفات الانسانية. ولذلك فإن العميد دكي محق حين يقول إن واضعي الدساتير واعلانات الحقوق الفرنسية، في الفترة الثورية، وبعض المؤلفين، مخطئون حين رأوا في المذهب الفردي مسلمة لا تمس ونهائية وتصح في كل الازمان وفي كل البلدان، بينما هو ليس إلا مرحلة في تأريخ المؤسسات والافكار، المتغير دائماً[(١)]. ودكي غير محق ان اراد اعتماد المفهوم التضامني او الاشتراكي للقانون (الذي ينادي بأن الفرد ليس له اي حق في المرحلة التأريخية الحاضرة بل له واجبات اجتماعية) بديلاً عن الحق وما يمكن ان يتبع ذلك على صعيد التكنيك القانوني من مفاهيم. فلكلا المفهومين دور في فهم العلاقات الانسانية وبالتالي القانونية ولا يمكن ان يستبعد احدهما الآخر.

"فاذا كانت فكرة المركز (الوضع) القانوني لا تغني عن فكرة الحق كما، يلاحظ الدكتور عبدالحي حجازي، فكذلك لا تغني فكرة الحق عن فكرة المركز القانوني"[(٢)].

---

١) انظر: دكي، المطول، ج٢، ص٦٤٢.

٢) عبدالحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج٢، ص٣٦.

٢٣٣ . تأثير الاعتبارات السياسية في فكرة الحق

ولكي نصل الى مفهوم علمي قانوني لفكرة الحق، علينا ان نجردها من كل ما علق بها من تصورات سياسية وربما ميتافيزيقية. فبالرغم مما قيل، فإن فكرة الحق لا تخلو من اعتبارات ومواقف سياسية معينة. وهذا ما يفسر، الى حد كبير، الجدل الحاد الذي احتدم حول هذه الفكرة.

إذ كما لاحظ الاستاذ ميشيل فيرالي[١]، فإن هذه الفكرة اقيمت لتحقيق غرض سياسي هو حماية الفرد من تجاوزات السلطة، فبذلت الجهود لاثبات وجود قطاع خاص بالافراد لا يمكن للدولة ان تتدخل فيه وإلا خرقت "القانون". لذلك قيل ان للانسان حقوقاً يملكها بالولادة وهي "مقدسة ولا يمكن التنازل عنها"، وبالتالي فهي سابقة الوجود على المجتمع وعلى الدولة وقوانينها.

واذا كان هذا التصور ذا فائدة، في فترة ما، حيث كان بمثابة رد فعل ضد فكرة اخرى سادت بعد الثورة الفرنسية وهي هيمنة المشرع وقدسية قوانينه، فإنها اليوم فقدت من قيمتها نتيجة لطرح تصور جديد للانسان والمجتمع، ولأنها ايضاً لا تستجيب للتحليل العلمي. فالقول بحقوق سابقة الوجود على المجتمع، هو قول لا معنى له، فالحقوق لا توجد إلا في المجتمع وتفترض وجود علاقات اجتماعية منظمة. ولكن هذا لا يعني رفض فكرة الحق حيث يمكن ان يكون لها دور في نظرية القانون وفي التكنيك القانوني اذا ما حددنا طبيعة الحق.

٢٣٤ . أساس الحق في القانون الوضعي

يجب ان ننطلق من الحقيقة التالية: لا وجود لحق سابق على القانون الموضوعي او القانون الوضعي. فالاساس او المنطلق لفهم الحق هو القانون الوضعي. فكيف نفهم، اذن، ان اساس الحق في القانون الوضعي او ان الحق يجد اساسه ومصدره في القانون الوضعي. في البداية كانت القاعدة القانونية، يقول الاستاذ دابا[٢].

ونقول في البداية كان القانون الوضعي (الموضوعي) ولا غيره يوجد في المجتمع. فمن القانون الوضعي ينطلق تنظيم الحياة الاجتماعية في الدولة وبالتالي هو الذي ينظم تصرفات الافراد في المجتمع. فلا قانون غير القانون الوضعي، والحق منه ينطلق وبه يلتصق، فالحقوق يخلقها القانون الوضعي وبه توجد. وفي هذا خطوة اولى على طريق البحث في طبيعة الحق. فالقانون الوضعي هو الذي يوجد، مثلاً، "حق الملكية" وحق الدائن نحو مدينه، وهو ايضاً الذي ينظم حق التصويت بالنسبة للمواطن وحق الاستملاك بالنسبة للاشخاص العامة. فلولا القانون الوضعي لما وجد الحق، فاذا رفض القانون الوضعي (القاعدة القانونية)، على سبيل المثال، صحة الوصية لاختلال احد الشروط، فالموصى له لا يكون له اي حق في التركة. واذا قرر القانون الوضعي (قانون المرور) ألاّ يقود المركبة إلا من كان مجازاً، فلا يحق إلا للشخص المجاز ان يقود سيارة. واذا كان القانون الوضعي هو الذي يمنح هذا "الحق" او ان هذا الحق يجد اساسه في القانون الوضعي، فما

---

(١) ميشيل فيرالي: الفكر القانوني، باريس، ١٩٦٠، ص٦٢.

(٢) انظر: دابا، النظرية العامة للقانون، ص١٥.

هي اذن طبيعة هذا الحق، وماذا يعني في الحقيقة، حق الملكية وحق التصويت وحق الاستهلاك وحق قيادة مركبة وحق الارث؟

بعبارة اخرى، ما هو "وضع" صاحب الحق تجاه موضوع الحق وتجاه الغير من افراد المجتمع؟ وبماذا يخول القانون صاحب الحق؟

ان الاجابة عن هذا السؤال تفيدنا في تحديد طبيعة او جوهر الحق وتساعدنا على فهم طبيعة العلاقات البشرية من الناحية القانونية، كما يمكن ان تلقي الضوء، على مدى فاعلية او نجاعة مفهوم الحق كاداة من ادوات التكنيك القانوني بحيث يمكن الابقاء عليها والاستعانة بها، او، بالعكس، الاستغناء عنها حين نجد البديل التكنيكي الأفضل الذي يساعدنا على تحليل وفهم الواقع القانوني.

٢٣٥ . الحق وضع معين يحدده القانون ويحميه

يمكن ان نفهم الحق على ان مصدره هو القانون الوضعي، وهذا يعني انه يضع فرداً او هيئة في حالة تمكنه من القيام بعمل او ان يطلب بأمر هذا الشيء او ذاك. وهذه المكنة التي "تمنح" قانوناً الى الفرد يمكن ان نسميها سلطة او صلاحية. فالحق سيكون الصلاحية المعترف بها قانوناً لشخص او لهيئة لأن يقوم بعمل او يطلب ذلك من الآخرين. فهذه السلطة او الصلاحية او المكنة لا يمكلها الفرد بذاته وانما هو في "وضع قانوني" يمكنه او يخوله القيام بعمل شيء او طلب القيام بعمل شيء. وهو يمتلك هذه الصفة نتيجة لتصرف مادي يعترف به القانون كالبيع او القرض فيصبح دائناً او مقرضاً. فالفرد يستمد من القانون مكنة تصرف يحميها القانون ويمكن ان نسميها مجازاً "سلطة". فالسلطة ليست في ارادة الفرد، بالمعنى الدقيق، وانما في مكنة التصرف التي اجازها القانون بعد ان اشترط ارادة معينة. فالسلطة هي في العلاقة الاجتماعية التي يحكمها القانون بحيث ان هناك من يأمر او يطلب بأمر ومن يخضع لهذا الامر او ينفذ هذا الطلب، وبالتأكيد فإن الارادة الاولى ستفرض على الارادة الثانية قانوناً وربما فعلاً. فالتدرج بين الارادتين هو تدرج اراده القانون بعد توافر شروط معينة كان للارادة دور فيها ايضاً. فالعلاقة بين الدائن والمدين هي علاقة تدرجية بين ارادتين حين يطلب الدائن من المدين اداءً معيناً. وهذه العلاقة نتجت عن اظهار ارادة سابقة اقرها القانون وبالتالي حماها. فالدائن ليس له سلطة، بالمعنى الدقيق، على المدين وانما له مكنة او قدرة منحها له القانون لأنه في وضع معين يخوله ان يطلب عملاً معيناً من مدينه. فالارادتان متساويتان اصلاً ومتدرجتان قانوناً اي بحكم القانون. ووضع الدائن هذا، وما يمكن ان يفعله بحكم القانون (سلطة) يمكن ان يكوّن، اذا كان ولابد، طبيعة الحق. فالحق لا يدرك، في ذاته وانما من خلال العلاقة القانونية او من خلال القانون الذي رسم مكنة او اهلية او قدرة الفرد على تصرف معين. ففكرة "الحق"، اذن، لا تستبعد فكرة "الوضع" الذي يكون فيه الفرد ليملك حقاً. وعليه فإن فكرة الوضع تسبق فكرة الحق ان لم يكن الحق وضعاً معيناً حدده وحماه القانون. فالتدرج بين الاشخاص ليس تدرجاً طبيعياً بقدر ما هو تدرج قانوني نتيجة للوضع الذي فيه الشخص الدائن اي صاحب الحق وبالتالي فإن له مكنة او

قدرة او سلطة لعمل شيء او طلب القيام بعمل شيء. فالحق يفترض، اذن، نوعاً من التدرجية او العلوية بين الارادات من الناحية القانونية، اما هو في ذاته فليس إلا وضعاً (او وضعاً متميزاً) منحه القانون لشخص وبالتالي فإن "السلطة" التي تعود او منحت له هي نتيجة لهذا الوضع.

٢٣٦ . الوضع القانوني للحق

وحين نقول ان الحق يجد اساسه في القانون الوضعي، فإن هذا يعني في الحقيقة، ان القانون الوضعي يخلق وضع الحق. وهذا الوضع حيث انه وضع قانوني فهو لا يختلف ولا يمكن ان يختلف في طبيعته عن طبيعة القاعدة القانونية. والقاعدة القانونية تخلق او توجد رابطة غير مشروطة او مطلقة بين سلطة طرف وخضوع طرف آخر. فمكنة او مقدرة طرف وخضوع طرف آخر لما سيقوم به الطرف الاول، هي الرابطة او الوضع الذي يميز الحق. فحين يمنح القانون مكنة الطلب الآمر لشخص ويقرر الاستجابة الخاضعة للغير، تنشأ عندها رابطة الحق او الوضع القانوني للحق. وليس من الضروري ان يكون لصاحب الحق مصلحة او انه اراد ذلك الوضع، يكفي ان توجد رابطة السلطة - الخضوع ليكون هناك وضع قانوني يوجد فيه صاحب الحق.

وعليه لا يمكن ان يقال كيف ان لأعمى حقاً في حضور حفلة سينمائية او ان لأصم الحق في حضور حفلة موسيقية، طالما ان في استطاعتهما ان يطلبا بشكل آمر الدخول ويجب الخضوع لهذا الطلب، فإن "وضع الحق، كما يقول الاستاذ هيزر، يكون قد وجد. وسواء ارادا هذا الوضع أم ان لهما مصلحة فيه، فإن ذلك لا يكون إلا عنصراً ثانوياً او ليس له اهمية"[1].

وعليه فإن وضع الحق، ان صح التعبير، ليس إلا وضعاً قانونياً يحدده او يرسمه القانون الوضعي او القاعدة القانونية. فالارادة او المصلحة لا تكوّن الحق بقدر ما تلعب دوراً في خلق الوضع القانوني للحق الذي يدين بوجوده الى القانون الوضعي. فالسلطة التي يتمتع بها صاحب الحق لا يجدها في ذاته وكذلك الحال بالنسبة للخضوع حيث انه ليس ارغاماً نتحمله بفعل الطبيعة، فالقانون هو الذي يوجدها حكماً وان وجدت فعلاً في بعض العلاقات فلا قيمة لها قانوناً ما لم يوجدها او "يعترف" بها القانون. فالسلطة هي سلطة "قانونية" والخضوع هو "خضوع" قانوني وهما يميزان رابطة الحق او الوضع القانوني للحق او لصاحب الحق. فهما، كما يلاحظ الاستاذ هيزر، صفتان لا وجود تلقائياً لهما، فلا نولد معهما وانما نستلمهما من الوسط الاجتماعي سواء اعطاهما هذا الوسط أم فرضهما أم اكدهما، وهما يحددان موقع الشخص المعني تجاه نفسه وتجاه الاطراف الاخرى[2].

٢٣٧ . استبعاد الإرادة من جوهر الحق

وليس من الدقة القول بأن طبيعة الحق هي السلطة او ان الحق هو السلطة، لأن الوضع (القانوني) هو الذي يمنح القدرة او المكنة او السلطة.

---

(١) هيزر: النظرية العامة للقانون، ص٤١٧.

(٢) انظر: هيزر، النظرية العامة للقانون، ص٤١٩.

فصاحب الحق هو في وضع يمكنه (اي له القدرة او السلطة) القيام بعمل او طلب اداء معين من الغير. وعليه فإن الحق هو ليس، كما يقول العميد دكي، صفة لارادة تتضمن علويتها على الارادات الاخرى، بقدر ما هو وضع لارادة يمكنها من العمل او طلب عمل من ارادة اخرى ملزمة تجاهها. فالتدرج او العلوية بين الارادتين اراده القانون لصالح ارادة معينة لأنها في وضع معين اراده القانون. فالحق، بالمعنى الدقيق، ليس له ماهية وبالتالي ليس هناك حقوق توجد بذاتها ولذاتها وانما هناك صاحب حق له قدرة او مكنة على التصرف منحها القانون له. وهذه القدرة او المكنة تتضمن او تفترض "احتراماً" ، ولا نقول خضوعاً، لارادة صاحب الحق التي هي، في بعدها الاخير، ارادة القانون اي ارادة المشرع (الحاكم).

فالارادة ليست جوهر الحق ولكنها ضرورية لممارسة الحق، لانها الاداة التي لابد منها لبلورة الحق ان صح التعبير. فحين يقرر المالك استعمال ملكه بطريقة معينة فإن ارادته لا تفرض على الآخرين إلا لأن القانون اراد ذلك وان خضوع الأخرين لارادة المالك هي، في الواقع، خضوعهم للقانون او لارادة المشرع. وعليه فإنه يمكن القول بأن "الحق" ، في بعده الاخير، لا يتضمن خضوع الغير لارادة صاحب الحق بقدر ما يتضمن خضوعه للقاعدة القانونية التي وضعت صاحب الحق في مركز معين فأصبح "صاحب حق".

ووفقاً لهذا التصور لطبيعة الحق قد لا يكون من الخطأ القول مع الاستاذ الايطالي ميسلي بأن الحق هو السلطة التي تنحدر من السنة او القاعدة القانونية، اي سلطة ممنوحة لارادة لأن تتصرف وفقاً لاحكام واهداف القاعدة القانونية[1].

وهذا التحليل يؤكد مرة اخرى ان "الحق" لا يُملك وانما يمنح، فهو لا يمكن ان يكون سابقاً على المجتمع بل هو مدين له بالوجود. وهو لا يملك قيمته بذاته بقدر ما هو رابطة او وضع يقوم على السلطة - الخضوع التي ارادها او اقامها القانون الوضعي.

(١) ميسلي: دروس في فلسفة القانون (بالايطالية). ذكره، دكي، المطول، ج١، ص٢٢١.

المراجع

أولاً. طبيعة المراجع

ان مادة فلسفة القانون نجدها في الكثير من المؤلفات التي لا تحمل هذا العنوان، لأنها تعالج بعمق واضح "المشاكل الكبرى للقانون". لذلك سوف لا نقتصر، هنا، على ذكر المؤلفات التي تحمل عنوان "فلسفة القانون"، إلا اننا سنذكر المراجع الاساسية بالنسبة لفلسفة القانون او نظرية القانون. اما المراجع الاخرى التي نستند اليها في موضوع او آخر، فانها ستذكر في مكانها المناسب من هذا الكتاب. كما سنقتصر على ذكر الكتب دون المقالات التي سنشير اليها في مكانها المناسب. عدا مقالة الاستاذ ديرو حيث انها تمثل اهمية خاصة في تأريخ الفكر القانوني.

ونود ان نبين باننا اقتصرنا على ذكر المراجع باللغة العربية وباللغة الفرنسية سواءً كتبت اصلاً بهاتين اللغتين أم ترجمت اليهما. والجدير بالملاحظة ان المؤلفات التي كتبت مباشرة باللغة العربية عن فلسفة القانون قليلة جداً. إلا ان بعض الكتب التي كتبت من فقهاء عرب في "النظرية العامة للقانون" او في "المدخل الى القانون" تمثل اهمية اكيدة بالنسبة لفلسفة القانون. وستتضمن المراجع بالعربية بعض الكتب المترجمة في فلسفة القانون او في نظرية القانون.

اما بالنسبة للمراجع باللغة الفرنسية فسنذكر، اولاً، المراجع التي تحمل عنوان "فلسفة القانون". ونخصص بعد ذلك فقرة للمراجع التي تعالج المشاكل الكبرى للقانون او مسائل "فلسفة القانون" دون ان تحمل هذا العنوان الاخير. كالمؤلفات في النظرية العامة للقانون او المدخل الى القانون او بعض "المطولات" الاساسية لكبار الفقهاء او تلك التي حملت عناوين خاصة إلا انها لصيقة في مضمونها بفلسفة القانون.

ثانياً. مراجع بالعربية

- باتيفول (هنري). فلسفة القانون (ترجمة د. سموحي فوق العادة) بيروت، مكتبة الفكر الجامعي، ١٩٧٢.
- حسن علي الذنون: فلسفة القانون، بغداد، ١٩٧٥.
- دكي (ليون): دروس في القانون العام، (ترجمة د. رشدي خالد)، بغداد، منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨١.
- سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٤.
- عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، جزءان، ١٩٧٠-١٩٧٢.
- كلسن (هانس): النظرية المحضة في القانون، (ترجمة: د. اكرم الوتري)، بغداد، منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨٦.
- لويد (دينيس): فكرة القانون، (تعريب: سليم الصويص)، ١٩٨١.
- منذر الشاوي: مذاهب القانون، ط ٢، بغداد، دار الحكمة، ١٩٩١.
- منذر الشاوي: المدخل لدراسة القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافة العامة، بغداد، ١٩٩٦.

- منذر الشاوي: الدولة الديموقراطية،الكتاب الاول: الفكرة الديموقراطية، منشورات المجمع العلمي، بغداد، ١٩٩٨، ومنشورات شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت ٢٠٠٠.
- منذر الشاوي: الاقتراع السياسي، منشورات العدالة،بغداد، ٢٠٠١.
- منذر الشاوي: نظرية السيادة، منشورات العدالة،بغداد، ٢٠٠٢.

ثالثاً- مراجع بالفرنسية في فلسفة القانون

- Batiffol (H): la philosophie du droit. (Que sais- je? No. 857). PARIS, P.U.F. 1960.
- Batiffol (H): PROBLÈMES de Base de la philosophie du droit. PARIS ,L.G.D.J.1979.
- Brimo (A): Les Grands Courants de la philosophie du droit et de L' ETAT , 2e èd 1968 3e èd 1978.PARIS,Pedone.
- CASTBERG (F): la philosophie du droit. PARIS: Pedone, 1970.
- Del V ecchio (G): philosophie du droit. PARIS , Dalloz, 1953.
- VILLEY(M): philosophie du droit. 4e èd. PARIS, Dalloz, 1986.

رابعاً- مراجع بالفرنسية في نظرية القانون

- Aubert, philosophie du droit,PARIS ,1988.
- Bonnard (R.): Le droit et L'etat dans la Doctrine Nationale-Socialiste,2e èd,PARIS,L.G.D.J.1939.
- Breth de la Gressaye et Laborde - LACOSTE, Introduction Générale à L'etude du Droit , PARIS, SIREY,1947.
- Carré de MALBERG (R): Contribution à la Théorie Générale de L'ETAT, 2Vol,PARIS,Sirey,1920-1922.
- Relation des Journées D'études en L'monneur de, PARIS,Dalloz,1966.
- DABIN (J): Théorie Générale du Droit, 2e éd, Bruxelles,1953,3e éd ,1969.
- DABIN(J):Le droit Subjectif, PARIS,Dalloz,1952.
- Duguit (L):Traité de droit Constitutionnel. 5Vol.PARIS,Boccard,1927-1930.
- Duguit (L): L'EÇONS de Droit Public Générale, PARIS, Boccard,1926.
- Du Pasquier (C): Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du drait, 3e éd , Neuchatel-PARIS,Delchau et Nestlé,1948.
- DUPEYROUX (H): Les Grands Problèmes du Droit. Archives de philosophie: du droit (A.P.D.) No 1-2, PARIS, SIREY,1938.
- Friedmann (W): Théorie Générale du droit, PARIS, L.G.D.J. 1965.
- GENY (F): science et Technique en droit privé Positif,4 Vol.PARIS,SIREY, 1913- 1924.
- HAESAERT (J): Théorie Générale du droit , Bruxelles, 1948.
- HERAUD (G): L'ordre Juridique et le Pouvoir Originaire, PARIS, SIERY,1946.

- KELSEN (H): Théorie PURE du droit, Neuchâtel,Editions de la Baconnierè. 1953, 2e éd. TRAD. Eisenmann, PARIS, 1962.
- MAY (G): Introduction à la Science du droit, 3e éd. PARIS, MARCEL GIARD,1932.
- RIPERT (G): Les Forces Créatrices du droit. PARIS, L.G.D.J.1955.
_ La RÉGLE Morale dans les obligations Civiles PARIS, L.G.D.J. 1949.
- ROUBIER (P): Théorie Générale du droit ,2e éd.PARIS, SIREY,1951.
- VIRALLY (M): La PENSÉE Juridique. PARIS, L.G.D.J.1960.
- WALINE (M): L'individualisme et le droit, 2e éd. PARIS, Domat Montchrestion,1949.

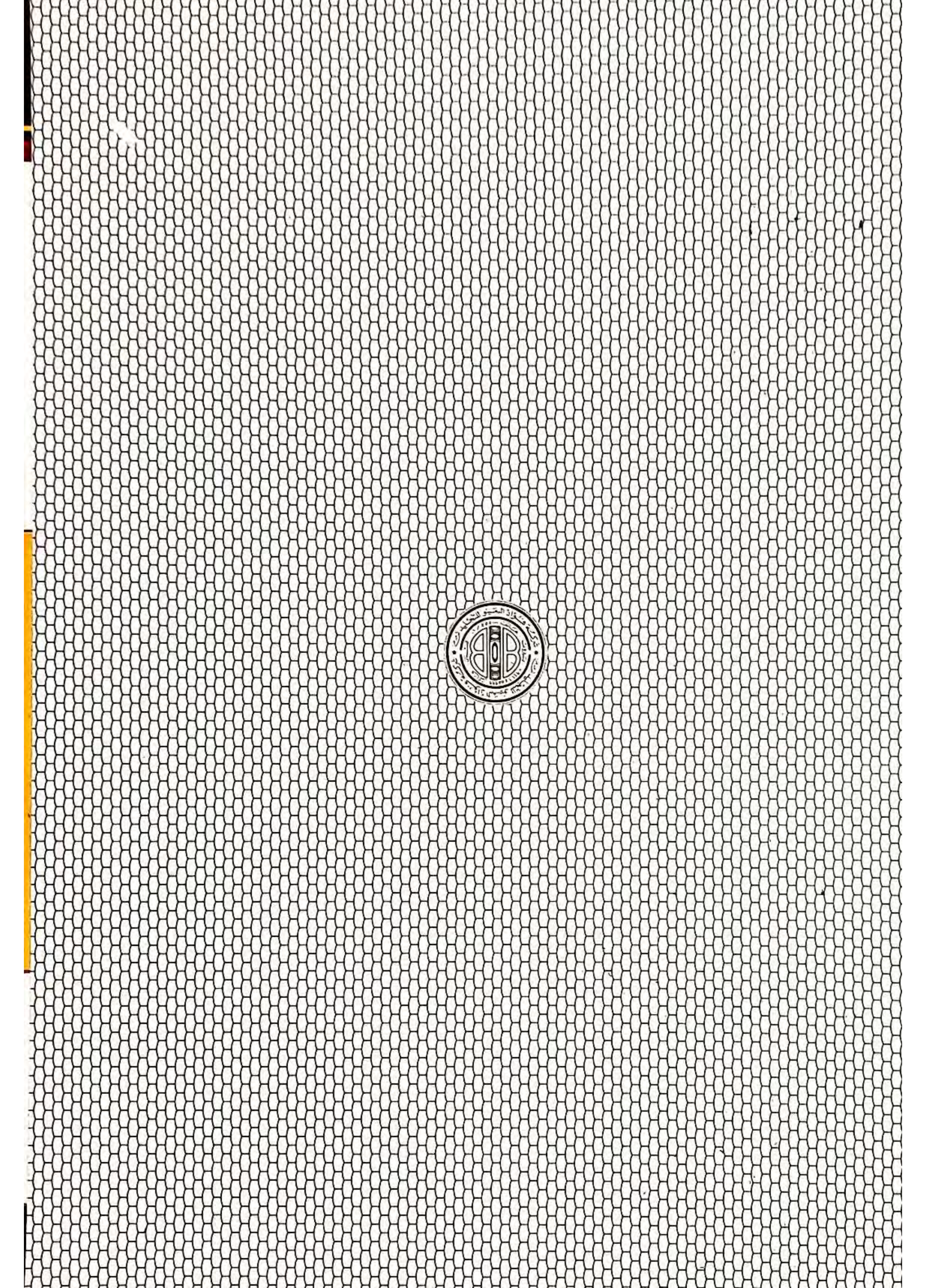
سيرة المؤلف

- دبلوم قانون - علوم سياسية، جامعة تولوز (فرنسا) ١٩٥٤.
- دكتوراه في العلوم السياسية، من جامعة تولوز (فرنسا) ١٩٥٦، بدرجة جيد جداً.
- دبلوم الدراسات العليا في القانون العام)فرنسا ١٩٥٧.
- دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص (فرنسا) ١٩٥٨
- دكتوراة في القانون (فرنسا) ١٩٦١، برجة شرف.
- الفائز الأول بجائزة الأطروحات لكلية القانون بجامعة تولوز، (فرنسا) ١٩٦١.
- مدرس واستاذ مساعد القانون الدستوري وفلسفة القانون بجامعة بغداد (١٩٦١ - ١٩٧٣).
- رئيس قسم القانون في كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد (١٩٧٠ - ١٩٧٣).
- حائز على مرتبة الأستاذية من جامعة بغداد (١٩٧٣).
- وزير العدل (١٩٧٤ - ١٩٨٨).
- عضو المجمع العلمي العراقي منذ ١٩٧٩.
- وزير التعليم العالي والبحث العلمي (١٩٨٨ - ١٩٩١).
- أستاذ القانون الدستوري وفلسفة القانون في قسم الدراسات العليا بجامعة النهرين (١٩٩٢ - ٢٠٠٢)
- وزير العدل (٢٠٠٠ - ٢٠٠٣).

إصدارات المؤلف

- في التمييز بين السلطة المؤسسة والسلطات المؤسسة، أطروحة دكتوراه جامعة تولوز، ١٩٥٦ (بالفرنسية).
- إسهام في دراسة السلطة المؤسسة، أطروحة دكتوراه دولة، ١٩٦١ (بالفرنسية).
- في الدستور، بغداد، ١٩٦٤.
- في الدولة، بغداد، ١٩٦٥.
- القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية، بغداد،١٩٦٦.
- القانون الدستوري.
  - الجزء الأول: نظرية الدولة.
  - الجزء الثاني: نظرية الدستور.

  ط١، بغداد، ١٩٦٧ – ١٩٧٠، ط ٢، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
- معنى الرقابة على دستورية القوانين، مجلة القضـاء، بغداد،١٩٧٠.
- المسألة القومية والحكم الذاتي في العراق، مجلة قضايا عربية، بيروت ١٩٧٤، ومجلة الحقوقي، بغداد، ١٩٧٤.
- القضاء العادل، في " حديث الى القضاة "، بغداد، ١٩٧٩.
- كتابات جامعية، منشورات دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠.
- مذاهب القانون، ط ٣، منشورات دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١.
- فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، بغداد، ١٩٩٤.
- القانون الدولي: اساسه وطبيعته، مجلة المجمع العلمي العراقي ، ١٩٩٤.
- المدخل لدراسة القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٦.
- الحضارة: موقف وحوار، كتاب الحضارة، منشورات المجمع العلمي، بغداد، ١٩٩٧.
- الدولة الديموقراطية، الكتاب الأول: الفكرة الديموقراطية، منشورات المجمع العلمي، بغداد ، ١٩٩٨ ومنشورات شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت ، ٢٠٠٠.
- الاقتراع السياسي، منشورات العدالة، بغداد، ٢٠٠١.
- نظرية السيادة، منشورات العدالة، بغداد ، ٢٠٠٢.
- تأملات ، منشورات العدالة، بغداد،٢٠٠٣.
- مفاهيم اساسية في الديموقراطية، بيت الحكمة، بغداد،٢٠٠٥.
- مفاهيم اساسية في الدستور، بيت الحكمة، بغداد،٢٠٠٥.
- مفاهيم اساسية في الدولة، بيت الحكمة،بغداد،٢٠٠٥.
- النظرية العامة في القانون الدستوري، دار ورد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- تأملات في الثقافة والقانون، دار ورد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- القانون والحياة، المركز العراقي للدراسات الاستراتيجية، عمان، ٢٠٠٨.



The Philosophy Of Law

Dr.
Munther Al-Shawi





